الاستصلاح

والمصالح المرسلة

في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها

تأليف
مصطفى أحمد الزرقاء
كلية الشريعة - الجامعة الأردنية

دار القلم
دمشق

الطبعة الأولى
١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م



دمشق - حلبوني - ص.ب: ٤٥٢٣ - هاتف: ٢٢٩١٧٧
بيروت - ص.ب: ١١٣/٦٥٠١

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدّمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد رسول الهدى والعلا والشريعة المثلى والمتمم لمكارم الأخلاق، وعلى آله وصحبه ومن سار سيرتهم، واتبع سنتهم.

وبعد فقد كنت في كتابي (المدخل الفقهي العام) من سلسلة (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) عرضت بإيجاز المعلومات الضرورية عن مصادر الفقه الإسلامي الأربعة الأساسية وهي: الكتاب (القرآن) والسنة النبوية والإجماع والقياس، ثم عرضت ما يجب أن يعرفه طلاب الحقوق والشريعة في قسم الإجازة (البكالوريوس) عن الاستحسان من حيث إنه طريق شرعي أصولي للخروج ببعض الأحكام عن نطاق القياس لدواعٍ استثنائية، ثم عرضت بشيء من التفصيل أكثر، ما يجب أن يعلمه الطالب عنْ المصدرين التبعيَّيْن الآخرين المهمَّيْن، وهما الاستصلاح والعرف في نظريتين متكاملتين، وكل ذلك بالقدر الذي يسمح به مستوى الدراسة الجامعية وبرامجها لطلاب الإجازة في الشريعة والحقوق، مما يستطيعون فهمه وهضمه، ويحقق الاستنارة والبصيرة الشرعية لهم بالقدر الضروري ضمن مناهجهم الكثيفة وحدودها. وهذا قبل أربعين عاماً حين بدأت أكتب السلسلة الفقهية المذكورة لطلاب كلية الحقوق بالجامعة السورية (جامعة دمشق حالياً).

ثم في أواخر الخمسينيات من هذا العصر، وفي ظروف الحاجة الملحة إلى الاستفادة من فقه المذاهب الفقهية المختلفة في التقنين المدني وفي نظام الأسرة

(الأحوال الشخصية) رأيت أن قاعدة الاستصلاح والمصالح المرسلة من المصادر التبعية قد برزت أهميتها الكبرى في وفاء الحاجات التشريعية المستجدّة من الفقه الإسلامي وفي تأصيل ما يستجدّ من تقنين مستمدّ من الشريعة وفقهها مما تدعو إليه حاجة العصر ولا توجد فيه نصوص من فقهائنا السابقين، ويحتاج إلى نظر تأصيلي اجتهادي جديد. فشعرت من ثم بضرورة توسيع بحث الاستصلاح، أو قاعدة المصالح المرسلة، عن الحدود التي كنت كتبتها للطلاب الجامعيِّين في قسم الإجازة، وأن أعرض في هذا المصدر المهم من مصادر الفقه الإسلامي (الاستصلاح) مختلف الآراء المذهبية، والضوابط التي أقامها فقهاؤنا الأوّلون والأصوليون في هذا المضمار ضبطاً لتفريع الأحكام الشرعية، وبياناً لقابلية هذه الشريعة الإلهية السمحة الغراء بلا عبث ولا تفريط.

ورأيت أن لا أقتصر على المذاهب السنية الأربعة (الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي)، بل أعرض أيضاً ما في المذاهب الأربعة الأخرى (الظاهري والإباضي، والزيدي، ومذهب الشيعة الإمامية الاثني عشرية) فكتبت هذا البحث عن الاستصلاح من جديد في أول الستينيات الماضية مستقصياً فيه بقدر ما تدعو إليه الحاجة دون إيغال، ومتحرّياً فيه التبسيط بقدر الإمكان، ليستفيد منه رجال القانون غير المتخصِّصين في فقه الشريعة.

وقد بقي حبيساً في مسوَّدته ربع قرن أو يزيد دون أن يتيسر لي تبييضه وتهيئته للنشر، حتى آن الأوان وأذن الله تعالى ويسر وسائل ذلك الآن. فراجعته ونقحت فيه، وقمت بتبييضه بمعاونة ابني الدكتور محمد أنس، خلال زياراته لي، وفقه الله وييسر أموره.

وفي هذه الفترة الماضية من الزمن ظهرت كتابات عديدة حول هذا الموضوع، أذكر من أهمها كتاباً قيّماً لأستاذ كريم من إخواني الأفاضل هو كتاب (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية) للأستاذ الجليل الدكتور الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي، من أساتذة كلية الشريعة في جامعة دمشق، وهو رسالة دكتوراه. وهو من خير ما يكتب في موضوع الضوابط تحقيقاً وتمحيصاً.

كما ظهر من عهد قريب كتاب عن (سد الذرائع في الشريعة الإسلامية) للأخ الأستاذ محمد هشام البرهاني وهو رسالة ماجستير جيدة جامعة في موضوعها الذي هو فرع من نظرية المصالح المرسلة، فإن سد ذرائع الفساد هو من العوامل الداعية إلى الاستصلاح كما سنرى في غضون بحثنا.

وقد رأيت، ليكون البحث متكاملاً بجميع ركائزه، وتنويراً للقارىء غير المختص، أن أمهِّد بين يدي الكلام عن الاستصلاح بمقدمة أعرض فيها، بما يمكن من الإيجاز، بعض المعلومات الإجمالية عن الكتاب والسنة والإجماع والقياس من حيث إنها المصادر الأربعة الأصلية للفقه الإسلامي، ثم عن الاستحسان من حيث إنه خروج عن طريق القياس، رغم توافر عناصره، لتقرير حكم استثنائي أكثر توافقاً مع مقاصد الشريعة العامّة في بعض الحالات التي تحفّ بها ملابسات خاصة. وبذلك ينطلق القارىء غير المختص من أصل المنبع إلى الجدول الفرعي، ويعرف أين موقع الاستصلاح ووظيفته ومساره، والفراغ الذي يملؤه.

أسأل الله تعالى أن يجعله مفيداً في طريق التعريف بشريعته العصماء الخالدة، وعظمة فقهها الراسخ الشامخ، ليعرف الأخلاف المفتونون في هذا العصر بما يرون من بهرج الغرب، ما بناه أسلافهم من قواعد وقناطر وجسور عبرت عليها حضارة الإسلام إلى سائر الآفاق، وظللتها كالغمام، بالعلم والعدل والأمن والسلام. ﴿يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يُحْييكم﴾.

مصطفى أحمد الزرقاء

عمّان، في:
٣٠ من المحرم /١٤٠٨هـ
٢٣ أيلول / ١٩٨٧م

الفصل الأوَّل

مقدِّمة تمهيديَّة

بين يدي الموضوع

عرض مُوجز لمعلوماتٍ إجماليَّة

عن مصادر الفقه الإسلامي

مصادر الفقه الإسلامي

(١)
المصادر الأساسية

الكتاب ـ السنة ـ الإجماع ـ القياس

١ ـ إن الفقه الإسلامي تكون أحكام مسائله مستندة: إما إلى النص الصريح في القرآن أو في السنة النبوية، وإما إلى إجماع العلماء، وإما إلى استنباط المجتهدين من دلائل النصوص وقواعد الشريعة.

ومن هنا عدّ العلماء مصادر الفقه، أي منابعه التي يستقي منها، أربعة هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

أ ـ الكتاب

٢ ـ فأما الكتاب، وهو القرآن، فإنه هو الأصل في التشريع الإسلامي؛ فقد بُيِّنت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلاً، وفي العبادات والحقوق إجمالاً.

وهو في الشريعة الإسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية لدى الأمم؛ وهو القدوة للنبي نفسه ﷺ فمن بعده ولذا كان هو المصدر التشريعي الأصلي.

غير أن الكتاب بصفته الدستورية إنما يتناول بيان الأحكام بالنص الإجمالي ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلاً، لأن هذا التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه القرآنية الأخرى من البلاغة وغيرها.

فقد ورد فيه الأمر مثلاً بالصلاة والزكاة مجملاً، ولم يفصل فيهما كيفية ولا مقادير، بل فصّلتهما السنة بقول الرسول عليه السلام وفعله.

وكذلك أمر القرآن بالوفاء بالعقود، ونصَّ على حِلّ البيع وحرمة الربا إجمالاً، ولكن لم يبين ما هي العقود والعهود الصحيحة المحللة التي يجب الوفاء بها، وما الباطلة أو الفاسدة التي ليست محلاً للوفاء، فتكفّلت السنة أيضاً ببيان أسس هذا التمييز.

على أن القرآن قد تناول تفصيل جزئيات الأحكام في بعض المواضع أو المواضيع: كما في المواريث، وكيفية اللعان بين الزوجين، وبعض الحدود العقابية، والنساء المحارم في النكاح.

ولهذا الإجمال في نصوص القرآن مزية هامة أخرى بالنسبة إلى أحكام المعاملات المدنية، والنظم السياسية والاجتماعية، فإنه يساعد على فهم تلك النصوص المجملة وتطبيقها بصور مختلفة يحتملها النص، فيكون باتساعه قابلاً لمجاراة المصالح الزمنية، وتنزيل حكمه على مقتضياتها بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصدها.

وذلك كما ورد في القرآن من النص على الشورى السياسية دون تعيين شكل خاص لها، فكانت شاملة لكل نظام حكومي يُجتنب فيه الاستبداد، ويتحقق فيه تشاور واحترام صحيح لرأي أولي الرأي والعلم في الأمة، سواء أكان نظاماً جمهورياً، أو نظام خلافة دستورية، أو غير ذلك مما لا استئثار فيه لفرد أو لفئة، بحسب ما تمليه المصلحة العامة.

وكذلك أوجب القرآن إقامة العدل وإحقاق الحق بين الناس بنصوص عامة كثيرة، ولم يحدِّد طريقة القضاء الذي هو الأداة لذلك، فمن حيث العدد يمكن أن تكون المحاكم محاكم فرد أو محاكم جماعة، ومن حيث الدرجة يمكن أن يكون القضاء على درجة واحدة أو على عدة درجات.

وعلى كل، بهذا الإجمال في نصوص الكتاب كانت هذه النصوص محتاجة إلى البيان بالسنة النبوية ليمكن تطبيقها في الكيفيات والكميات، ولتعرف حدودها في الشمول والاقتصار، وتتنزل عليها جزئيات الحوادث والأعمال.

لذلك جاء في القرآن إحالة عامة على السنة النبوية في هذه التفصيلات بقوله تعالى: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾.

ومن ثم كانت السنة مفتاح الكتاب.

ب ـ السنّة

٣ ـ يطلق لفظ (السنة) على ما جاء منقولاً عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير[١]. وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ (الحديث).

وقد تطلق على معنى الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة، أي الحالة التي جرى عليها التعامل الإسلامي في ذلك العصر الأول[٢].

والفرق بين المعنيين في النتيجة أنه قد ينقل عن الرسول عليه الصلاة والسلام حديث لفظي، ولكن يثبت للعلماء تاريخياً أن عمل الناس في عصر النبوة أو في امتداد زمن الخلفاء الراشدين كان جارياً على خلاف مدلول ذلك الحديث المنقول؛ فيقال عندئذ: جاء في الحديث (كذا) ولكن السنة على (كذا).

وفي هذه الحال إذا كان كل من الحديث والسنة صحيح الثبوت يلجأ العلماء إلى التوفيق بين الحديث والسنة إن أمكن، أو إلى ترجيح أحدهما بأسباب مرجِّحة إن لم يمكن التوفيق، كما إذا تعارض حديثان من قول الرسول صحيحا الثبوت، فإنهما يعتبر أحدهما ناسخاً للآخر، فيبحث عن الناسخ والمنسوخ منهما.

والسنة تلي الكتاب رتبة في مصدرية التشريع، من حيث إن بها بيان مجمله، وإيضاح مشكله، وتقييد مطلقه، وتدارك ما لم يذكر فيه.

---

(١) المراد من التقرير أن يُفعل أمام النبي ﷺ فعل فيقره ولا ينهى فاعله.

(٢) وعلى هذا المعنى يقع مثل قول عبد الرحمن بن مهدي، وقد سئل عن سفيان الثوري والأوْزاعي ومالك: «سفيان إمام في الحديث وليس بإمام في السنة، والأوزاعي إمام في السنة وليس بإمام في الحديث، ومالك إمام فيهما جميعاً» (ر: شرح موطأ مالك للزرقاني، ومقدمة «تنوير الحوالك» شرح الموطأ أيضاً للسيوطي، وكتاب «نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي» للأستاذ علي حسن عبدالقادر ص/١١٦).

فالسنة مصدر تشريعي مستقل من جهة، لأنها قد يرد فيها من الأحكام ما لم يرد في القرآن، كميراث الجَدّة، فقد ثبت أن النبي ﷺ حكم بتوريث جدة المتوفى سدس المال. ولكن السنة من جهة أخرى يلحظ فيها معنى التبعية للقرآن، لأنها، علاوة على كونها بياناً وإيضاحاً له، لا تخرج عن مبادئه وقواعده العامة حتى فيما تقرره من الأحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن. فمرجع السنة في الحقيقة إلى نصوص القرآن وقواعده العامة.

والسنة بصورة عامة ضرورية لفهم الكتاب لا يمكن أن يستغنى عنها في فهمه وتطبيقه، وإن كان فيها ما لا يتوقف عليه فهم الكتاب هذا التوقف.

هذا، وبعد أن أصبحت السنة تنقل نقلاً بالرواية، لانقضاء عصر الرسالة، وانقطاع مشافهة الرسول بوفاته عليه السلام، لا يقبل منها في تشريع الأحكام الفقهية إلا ما كان صحيح الثبوت بشرائط معينة شديدة.

وقد تكفل علماء السنة بتمييز مراتب الأحاديث النبوية في الثبوت.

جـ ـ الإجماع

٤ ـ الإجماع هو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم.

ولا فرق بين أن يكون هؤلاء المتفقون من فقهاء صحابة الرسول عليه السلام بعد وفاته، أو من الطبقات التي جاءت بعدهم.

والإجماع حجة قوية في إثبات الأحكام الفقهية، ومصدر يلي السنة في الرتبة.

ودليل اعتباره في هذه المكانة من مصدرية التشريع مجموعة آيات وأحاديث تدل على اعتبار إجماع الكلمة من أهل العلم والرأي حجة.

فمن تلك الأدلة على اعتبار الإجماع قوله عليه السلام: «لا تجتمع أمتي على الضلالة» وفي معناه أحاديث كثيرة. فبتضافرها بعضها مع بعض ومع الآيات القرآنية التي تأمر بلزوم الجماعة وعدم الانشقاق عنها، تؤلف دليلاً كافياً على حجية الإجماع في إثبات الأحكام.

والإجماع في ذاته إذا انعقد على حكم لا بد أن يكون مستنداً إلى دليل فيه، وإن لم ينقل الدليل معه، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشبهاً بلا دليل شرعي.

ولذلك كان الإجماع إذا أراد المتأخرون معرفته إنما يبحثون عن وجوده وصحة نقله لا عن دليله، إذ لو وجب البحث عن دليله لكانت العبرة للدليل لا للإجماع، بينما هو في ذاته حجة.

والخلاصة أنه لا يخلو الإجماع عن دليل يستند إليه، ولكن لا يجب لاعتباره أن يكون دليله منقولاً معه ومعروفاً.

ومن أمثلة ثبوت الحكم بالإجماع ميراث الجد مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن وعن جدّ، فإن الجدّ عند عدم الأب يحل محل الأب في الإرث، فيرث ـ مع وجود ابن المتوفى ـ سدس المال كالأب، ثبت ذلك بإجماع الصحابة.

وكذا حجب بني الأعيان والعَلَّات ذكوراً وإناثاً بالأب[1].

وكذا صحة عقد الاستصناع، فقد قررها واعتمدها جمهور الأئمة الفقهاء، وجرى عليها الإجماع العملي[2].

٥ ـ والإجماع نوعان: **قولي وسكوتي**.

ـ فالقولي يكون بتداول الرأي واتفاق صريح من العلماء.

ـ والسكوتي يكون بأن يفتي أحدهم بحكم مع علم بقية علماء العصر، فلا تعرف من أحدهم مخالفة ولا تأييد.

---

(١) ر: «أصول الفقه» للخضري، ص /٤٠٤/، وشرح السراجية للسيد الجرجاني باب مقاسمة الجد.
وبنو الأعيان هم الأخوة والأخوات لأب وأم.
وبنو العلات (بفتح العين وتشديد اللام) هم الأخوة والأخوات لأب.
وبنو الأخياف الأخوة والأخوات لأم.

(٢) الاستصناع شراء ما سيصنع قبل صنعه. والقواعد تأباه لأنه بيع المعدوم، ولكن وقع الإجماع على صحته للحاجة إليه. (ر: أصول فخر الإسلام للبزدوي، أول باب الاستحسان).

والأول القولي هو الحجة المسلَّمة، أما الثاني السكوتي فمختلف جداً في اعتباره، وفي درجة هذا الاعتبار وشرائطه.

وقد كان الإجماع في العصر الأول سهل الحصول لأن عمر في خلافته منع الصحابة أن يخرجوا من المدينة لتمكنه مشاورتهم فيما يحدث من أمور العلم أو السياسة، ولكنهم تفرقوا بعد ذلك أواخر خلافة عثمان في الأمصار[1]، ونشأ على أيديهم علماء وفقهاء في أماكن متنائية في الحجاز واليمن ومصر والعراق والشام وغيرها؛ فلم يمكن بعد ذلك تحقق إجماع من المجتهدين لانقطاع إمكان الشورى العلمية العامة، ولأن اتفاق علماء بلد واحد على حكم لا يعتبر إجماعاً.

لذلك كانت كل المسائل المستندة إلى الإجماع وحده إنما يرجع تاريخها إلى عصر الخلفاء الراشدين أو الصدر الأول منه.

د ــ القيـــاس

٦ ــ القياس هو: **إلحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة.**

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والإجماع من حيث حجيته في إثبات الأحكام الفقهية، ولكنه أعظم أثراً من الإجماع في كثرة ما يرجع إليه من أحكام الفقه، لأن مسائل الإجماع محصورة ولم يتأت فيها زيادة، لانصراف علماء المسلمين في مختلف الأقطار عن مبدأ الشورى العلمية العامة، ولتعذر تحققه بمعناه الكامل فيما بعد العصر الأول كما أوضحناه. أما القياس فلا يشترط فيه اتفاق كلمة العلماء، بل كل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نص عليها في الكتاب أو السنة، ولا إجماع عليها.

ولا يخفى أن نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية، والحوادث الواقعة والمتوقَّعة غير متناهية. فلا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها

---

(١) ر: كتاب «تاريخ التشريع الإسلامي» للأساتذة السبكي والسايس والبربري، المدرِّسين في كلية الشريعة الإسلامية بالأزهر، ص/٩٦ و ١٣٧.

وأحكامها في فقه الشريعة إلا طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس[1].

فالقياس أغزر المصادر الفقهية في إثبات الأحكام الفرعية للحوادث.

وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبـي موسى الأشعري رضي الله عنه يرشده إلى أصول القضاء وطريقته المثلى:

«الفهمَ الفهمَ فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله، ولا سنة النبـي ﷺ. ثم اعرف الأشباه والأمثال، فقس الأمور عند ذلك بنظائرها. واعمد إلى أقربها إلى الله، وأشبهها بالحق»[2].

وقد كان من أسلوب النصوص المعهودة في الكتاب والسنة أن تنص غالباً على علل الأحكام الواردة فيها، والغايات الشرعية العامة المقصودة منها، ليمكن تطبيق أمثالها وأشباهها عليها في كل زمن. ونصوص الكتاب معظمها كلي عام إجمالي كما رأينا[3]، فانفتح بذلك طريق لقياس غير المنصوص على ما هو منصوص، وإعطائه حكمه عند اتحاد العلة أو السبب فيهما.

٧ ــ أمثلة القياس:

إن وقائع القياس في فقه الشريعة الإسلامية لا يمكن حصرها، فإن منها يتكوّن الجانب الأعظم من الفقه، ولا يزال القياس يعمل باستمرار في كل حادثة جديدة في نوعها لا نص عليها.

---

(١) يقول الشهرستاني في كتابه «الملل والنحل»:
«إن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعدّ. ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً. والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار، حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد» اهـ.
(الملل والنحل للشهرستاني، أول بحث الاختلاف في الأحكام الشرعية الاجتهادية).

(٢) هذا الكتاب أرسل به عمر إلى أبـي موسى بعدما ولّاه. وهو يعدّ في نظر العلماء دستوراً عظيماً في سياسة القضاء وفقهه. وقد أوردنا نصه كاملاً في كتابنا المدخل الفقهي العام (الفقرة العاشرة، الحاشية الثانية).

(٣) ر: كتاب «تاريخ التشريع الإسلامي» للأساتذة السبكي والسايس والبربري، ص/٦.

غير أننا نضرب للإيضاح الأمثلة التالية:

١ ـ نهى القرآن العظيم عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نُودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعَوْا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾. والعلة هي الالتهاء عن الصلاة الواجبة في ذلك الحين. فقاس الفقهاء على البيع المعاملات الأخرى كالإجارة والرهن وسائر العقود لاشتراكها في علة النهي.

٢ ـ ورد في الشريعة الإسلامية نصوص وأحكام بشأن وصيّ اليتيم عَيَّنت وضعه الحقوقي ومسؤوليته وصلاحيته، فقاس الفقهاء على أحكام الوصي أحكام متولي الوقف للشبه المستحكم بين الوظيفتين، كما قاسوا كثيراً من أحكام الوقف نفسه على أحكام الوصية. فقرروا حجر الإنسان عن أن يقف في مرض موته أكثر من ثلث ماله إلا بإجازة الورثة، قياساً على هذا الحجر الذي ورد في الشريعة بشأن الوصية لأن كليهما تبرع؛ حتى قال الفقهاء: إن معظم أحكام الوقف تُستقى من الوصية.

٣ ـ ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع أكثر مما ورد بشأن الإجارة، فقاس الفقهاء كثيراً من أحكام الإجارة على أحكام البيع لأنها في معناه، إذ هي في الحقيقة بيع المنافع.

٤ ـ ورد في الشريعة نصوص تجيز الوكالة الخاصة بشأن مخصوص وتثبت لها أحكاماً معينة معروفة. فقاس فقهاء الحنفية عليها الوكالة العامة في الجواز والأحكام، ولم يروا بأساً بعدم تعيين الأعمال الموكل بها وجهالتها عند العقد في هذه الوكالة العامة، لأن العموم يجعل المجهول كالمعلوم ويحسم النزاع بخلاف الوكالة الخاصة إذا جُهل موضوعها، كمن قال لآخر: وكلتك في بعض أعمالي، فإنها غير جائزة باتفاق الفقهاء.

٥ ـ وكذلك قاسوا أيضاً على عقد التوكيل إجازة الإنسان تصرفاً في بعض حقوقه صدر من آخر فضولاً عنه دون سابق توكيل منه، فقرروا: أن

الإجازة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة؛ فيصبح بهذه الإجازة تصرف الفضولي نافذاً على المجيز كعمل الوكيل بمقتضى وكالة سابقة.

٦ ـ ثبت في أحكام الشريعة أن الأجير مجبر على القيام بما استؤجر عليه.

فقاس الفقهاء عليه حكم الوكيل بالأجرة، فاعتبروه مجبراً على القيام بما وكل به، لأنه بتقاضيه الأجرة أصبح كالأجير، وإن كانت الوكالة في الأصل عقداً غير لازم، أي لا يوجب إلزام الوكيل بالعمل.

٧ ـ ثبت بنصوص الشريعة أن من غصب شيئاً وجب عليه ردّ عينه ما دام قائماً عنده، فإن تلف المغصوب يضمن الغاصب للمالك مثله أو قيمته، وينتقل حق المالك إلى هذا التضمين عوضاً عن الأصل الهالك؛ وذلك بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه».

فقاس فقهاء الحنفية على هلاك المغصوب ما لو أحدث فيه الغاصب تغييراً يحدث له به اسم جديد، كما لو غصب قطعة فولاذ فصنعها سيفاً، أو طحن الحنطة المغصوبة حتى صارت دقيقاً، فاعتبروا هذا التغيير كالاستهلاك، إذ قد تغيّر به الاسم فأصبح شيئاً آخر؛ فقالوا إن حق المالك حينئذ ينقطع من عين المغصوب، وينتقل حقه إلى تضمين الغاصب، كحكم الإتلاف المقيس عليه.

٨ ـ ورد في الحديث النبوي بشأن التوكيل في عقد النكاح أن النبي عليه السلام قال عن الفتاة البكر البالغة: «**إذنها صُماتها**»[١]، أي إنها إذا استأذنها وليها بعقد نكاحها فسكتت يعتبر سكوتها توكيلاً، بمقتضى الدلالة العرفية، لأنها يغلب عليها في هذا المقام الخجل عادةً.

فقاس الفقهاء عليه ما لو زوجها وليها فضولاً دون استئمارها ـ أي استئذانها ـ ثم بلغها الخبر فسكتت، فاعتبر الفقهاء سكوتها بعد العقد إجازةً منها دلالةً عرفية، كما اعتبر سكوتها عند استئمارها إذناً منها.

---

(١) الصمات، بالضم: الصمت والسكوت.

٩ ــ ثبت في السنة تجويز اشتراط الخيار للمشتري في عقد البيع، أي اشتراط حق الفسخ أو الإبرام خلال مدة معينة، ويسمى: **خيار الشرط**، لأن المشتري قد يحتاج إلى التروِّي خشية الغبن، فقد شكا أحد الصحابة، وهو حبان بن منقذ، إلى النبي عليه السلام أنه كثيراً ما يغبن في البياعات، فأرشده إلى اشتراط الخيار بقوله: «إذا اشتريت فقل لا خلابة[1]، ولي الخيار ثلاثة أيام».

فقاس عليه الفقهاء جواز اشتراط الخيار المذكور للبائع أيضاً لأن حاجته إلى ذلك كحاجة المشتري.

وقاسوا أيضاً على أصل خيار الشرط في الجواز حالة أخرى سموها: **خيار النقد**، وهو أن يشترط البائع على المشتري المستمهل في دفع الثمن أنه إن لم يُحضر الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما، وذلك خوفاً من أن يغيب المشتري طويلاً ويتأخر في الدفع، وقد أصبح المبيع ملكاً له بالعقد لا يستطيع البائع التصرف فيه، فيتضرر البائع ويبقى معلقاً تحت رحمة المشتري. فبهذا الشرط يحتاط لنفسه.

ووجه قياسه على خيار الشرط أن في كليهما شرطاً يقتضي فسخ البيع بعد انعقاده دفعاً لحاجة مشروعة. (ر: الدرر شرح الغرر ٢/١٥٢).

هذه أمثلة قليلة ضربناها للتوضيح تُعَدّ غيضاً من فيض من وقائع القياس في الفقه الإسلامي، فإن معظم الأحكام الفقهية في النوازل الجديدة إنما ثبت ويثبت بطريق القياس.

٨ ــ مما تقدم يتضح ما للقياس من شأن عظيم في إثبات الأحكام واستنباطها. فهو طريق ضروري هام لتوسيع دائرة النصوص المحدودة حتى تشمل ما لا يتناهى من الحوادث الجديدة.

ولا يغني عن القياس العموم في عبارة النص العام، لأن النص العام إنما

---

(١) الخلابة، بالكسر: الخديعة.

يشمل عمومُه جميعَ الأفراد الداخلة في مفهومه فقط. أما القياس فإنه يجعل النصوص ـ حتى الخاصة منها ـ شاملة لما لا يدخل في مفهومها من أنواع الحوادث وأفرادها، وذلك بطريق الإلحاق للتشابه في العلة، فيضيف إلى مجموعة النصوص التشريعية الأصلية نصوصاً فقهية للعلماء المستنبطين لا تقف عند حد، وهي قائمة على أسس تلك النصوص الأصلية وقواعدها.

ثم إن تلك الأحكام الفرعية التي تثبت بطريق الاستنباط والقياس تصبح أصولاً للقياس يقاس عليها غيرها مما يشابهها في العلل، وهكذا إلى ما لا نهاية. وهذا من سرّ سعة الفقه الإسلامي الشاملة لما كان وما يكون من الحوادث.

على أن هناك جماعة من فقهاء بعض المذاهب لم يقبلوا طريقة القياس واعتمدوا على ظواهر النصوص فقط، فسموا «**الظاهرية**»؛ ولم يكن لمذهبهم هذا حياة ووزن لمخالفته ضرورات الحياة التشريعية.

وقد لخص المزني صاحب الإمام الشافعي فكرة القياس وحجته أبلغ تلخيص، فقال: «إن الفقهاء من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، استعملوا المقاييس في جميع الأحكام في أمر دينهم. وأجمعوا على أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل. فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه التشبيه بالأمور، والتمثيل عليها» (ر: كتاب «مالك» للشيخ محمد أبي زهرة الأستاذ في كلية الحقوق بالقاهرة، القسم الثاني ف/١٦٠).

(٢)
المصـــادر التبعية

٩ ـ إن هناك مستندات أخرى شرعية لإثبات الأحكام الفقهية غير المصادر الأربعة الأساسية المتقدمة وقد دلت نصوص الكتاب والسنة على اعتبارها مستنداً صحيحاً لإثبات الأحكام.

غير أن تلك المصادر إنما هي في الحقيقة تبعية متفرعة عن تلك المصادر الأربعة الأساسية. فلذا لم يعدها معظم العلماء زائدة عليها بل اعتبرت راجعة إليها.

وأهم تلك المصادر الفرعية التبعية ثلاثة سنتولَّى بيانها، وهي:

- الاستحسان.
- والاستصلاح، أو قاعدة المصالح المرسلة.
- والعرف.

ولن نتعرض هنا لبحث العرف لأنه خارج عن نطاق موضوعنا. وسنعرض طريق الاستحسان عرضاً موجزاً، لصلته بالقياس من ناحية، وبالاستصلاح من ناحية أخرى. ثم نخلص إلى الاستصلاح لنعرضه بالتفصيل لأنه المقصود كما سلفت الإشارة إليه.

الاستحسان

عرض تمهيدي موجز

١٠ ــ الاستحسان هو: **العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.**

هذا ما يعرفه به الإمام أبو الحسن الكرخي من أئمة المذهب الحنفي. ولعله أفضل التعاريف المأثورة للاستحسان، وأشملها لأنواعه الآتي بيانها (ر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج ٤ ص ٣، وكتاب «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني، ف/١٧٤).

ومفاده: أن الاستحسان هو قطع المسألة عن نظائرها، فهو عكس القياس الظاهر الذي هو: إلحاق المسألة بنظائرها في الحكم.

وبناء على نوع العلة التي تقطع لأجلها المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ينقسم الاستحسان إلى نوعين: **الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة**[١].

أ ــ الاستحسان القياسي

١١ ــ وأما الاستحسان القياسي فهو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأول، ولكنه أقوى حجة، وأسد نظراً، وأصح استنتاجاً منه.

---

(١) يقسم علماء الأصول من الحنفية الاستحسان إلى أربعة أنواع، فيزيدون نوعين هما: استحسان السنة، واستحسان الإجماع. وسننتقد ذلك آخر البحث (ف/١٦ الحاشية).

ولشيوع هذا النوع من الاستحسان كثيراً في طريقة فقهاء الحنفية قد يقتصر بعضهم في تعريف الاستحسان على أنه هو «**القياس الخفي**» وهذا النوع من الاستحسان في الحقيقة إنما هو ترجيح لأحد الأقيسة عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة، فهو من القياس وإليه.

١٢ ــ أمثلة الاستحسان القياسي:

ومن أمثلة الاستحسان القياسي المسائل التالية:

١ ــ إن الدَّيْن المشترك[1] إذا قبض منه أحد الدائنين مقدار حصته لا يحق له الاختصاص بها، بل لشريكه في الدين أن يطالبه بحصته من المقبوض. فإذا هلك هذا المقبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك الثاني حصته منه فقد كان مقتضى القياس الظاهر أن يهلك من حساب الاثنين، لأنهما كما يتقاسمان المقبوض إذا سلم ينبغي أن يتحمَّلا معاً تبعة هلاكه إذا هلك.

ولكن في الاستحسان يعتبر الهالك في يد القابض هالكاً من حصته فقط، وتكون الحصة التي لم تقبض هي للشريك الثاني. وذلك لأنه في الأصل لم يكن ملزماً بمشاركة القابض فيما قبض، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته.

٢ ــ من القواعد المقررة أن المرء مؤاخذ بإقراره في حق نفسه لا في حق غيره. فلو أقرّ مثلاً أنه وأخاه مدينان بمبلغ يلزم هو بما يصيبه منه، ولا يلزم أخوه إن أنكر.

وعلى هذا، لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه، فأقر المدين بوكالته، يؤمر بدفع الدين إليه عملاً بإقراره. وبناء عليه، إذا أودع أحد

---

(١) الدين المشترك هو ما ثبت لاثنين فأكثر في ذمة ثالث بسبب متحد، كشيء يملكه شخصان مناصفة بينهما إذا باعاه صفقة واحدة بثمن مؤجل، فثمنه يكون ديناً مشتركاً لهما على المشتري. وكذا لو لم يبيعاه بيعاً بل أتلفه شخص ثالث، فإنه يضمن قيمته بسبب الإتلاف، وتكون هذه القيمة دَيْناً مشتركاً لهما على المتلف.

فلو لم يكن سبب الدين واحداً لم يكن ديناً مشتركاً، كما لو اقترض شخص قرضين من شخصين كل قرض بعقد على حدة.

شيئاً عند آخر وغاب، فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته، فأقر الوديع له بالوكالة، فإن مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه.

لكن الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إليه ولو كان الوديع مقراً بوكالته، لاحتمال أن يحضر صاحب الوديعة فينكر التوكيل، وتكون وديعته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها، وإن حقه متعلق بعينها. بخلاف صورة الدين، فإن حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض. فإذا حضر الدائن فأنكر الوكالة يتبين أن الدفع السابق لم يكن قضاء صحيحاً للدين، لعدم ثبوت وكالة القابض، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين، ويكلف بالدفع ثانية إلى الدائن، وله حق الرجوع على القابض ليستردّ منه ما دفعه إليه.

وإيضاح ذلك أن عملية وفاء الدين في الواقع وبالنظر الفقهي هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين. فإقراره بوكالة القبض هو اعتراف منه بلزوم تسليم ماله إلى مدعي الوكالة وفاءً لدين الدائن، **فهو إقرار على نفسه**، فإذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه.

أما الوديعة فإن حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع. فيكون إقرار الوديع بوكالة قبضها اعترافاً منه بلزوم تسليم مال غيره إلى شخص ثالث، **فهو إقرار على غيره لا على نفسه**؛ فلو أنفذناه كان ذلك تفريطاً في حق المالك بمجرد إقرار غيره. (ر: الدر المختار ورد المحتار، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤/٤١٣ ـ ٤١٤).

٣ ـ من المقرر فقهاً أن المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يعادل الدين، فإذا هلك المرهون في يده وكانت قيمته مساوية للدين سقط الدين. حتى إن المرتهن لو كان قد استوفى الدين قبل هلاك المرهون يرد ما استوفاه.

وعلى هذا: لو أبرأ الدائن المرتهن ذمة المدين عن دينه ثم هلك المرهون قبل إعادته، فإن مقتضى القياس الظاهر أن يضمن المرتهن للراهن قيمته قياساً

لحالة الإبراء على حالة الاستيفاء، إذ يبقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدين حتى يعاد.

ولكن الاستحسان عدم ضمان المرهون بعد الإبراء عن الدين، واعتبار المرتهن بعد إبرائه للمدين كالفاسخ للرهن، لأن الدائن المرتهن يستقل بفسخ الرهن، إذ هو توثيق لحقه، وإذا فسخه انقلب المرهون أمانة في يده، فلا يضمن هلاكه عندئذ إلا بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه. (ر: رد المحتار **٣٣٥/٥** و ٣٣٨).

ب ــ استحسان الضرورة

١٣ ــ وأما استحسان الضرورة فهو ما خولف فيه حكم القياس نظراً إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج. فمحله عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج أو مشكلة في بعض المسائل؛ فيعدل حينئذ عنه استحساناً إلى حكم آخر يزول به الحرج وتندفع به المشكلة. وذلك لأن المسائل التي يقاس بعضها على بعض ــ وإن كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة ــ قد تختلف نتائجها عدلاً وجوراً، أو عسراً ويسراً، باختلاف موضوعاتها وما يكتنفها من عوارض.

فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقاً للفقهاء إلى الأحكام المصلحية التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة، عندما يلوح في اطراد القياس سوء النتائج.

وهذا النوع من الاستحسان يرجع في الحقيقة إلى نظرية المصالح المرسلة الآتي بيانها في البحث التالي، كما سنرى.

١٤ ــ أمثلة استحسان الضرورة:

ومن أمثلة استحسان الضرورة المسائل التالية:

١ ــ من المقرر شرعاً أن الأمين، كالوديع مثلاً، إذا هلك لديه مال الأمانة بلا تعدٍّ ولا تقصير في حفظه لا يضمن شيئاً من قيمته.

ويستمر القياس كذلك في كل أمانة بيد أمين، كمال الشركة في يد أحد الشريكين، والمأجور في يد المستأجر، والعارية في يد المستعير. . الخ. ومن ذلك مال المستأجر في يد الأجير، فينبغي أن لا يضمن مطلقاً إذا تلف بلا تعدٍّ عليه من الأجير ولا تقصير منه في حفظه.

ولكنهم فرقوا في الاستحسان بين الأجير الخاص وهو الذي يبيع وقته جميعاً لمستأجره ليعمل عنده ولا يشتغل في فراغه عند سواه، كالخادم والسائس ونحوهما، وبين الأجير العام أو المشترك وهو الذي يبيع عمله في مهنة معينة لكل راغب، كالصباغ والخباز والنجار. . الخ. فقالوا: إن الأجير المشترك إذا هلك مال مستأجره لديه يضمنه استحساناً، إلا إذا كان التلف بسبب لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب. وذلك كي لا يتقبل من أعمال الناس أكثر من طاقته طمعاً في زيادة الربح، فيعرض أموالهم للهلاك أو الضياع لديه بطول المكث.

وهذا الحكم قد أخذ به الاجتهاد المالكي أيضاً بداعي المصلحة[1].

٢ ــ من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن من دفع من ماله شيئاً عن غيره **بلا أمر منه** في أداء نفقة، أو قضاء دَيْن، أو وفاء أيِّ حقٍّ مالي آخر، فإنه يعتبر متبرعاً فيما دفع عن غيره، سواء أقصد التبرع أو لم يقصد، وليس له

---

(١) قال الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في بحث «**المصالح المرسلة**» من كتابه «مالك» ف /٢١٨ نقلاً عن كتاب «الاعتصام» للإمام الشاطبي ما نصه:
«واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الصناع مع أن الأصل أن أيديهم على الأمانة، ولكن وجد أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم، وفي الناس حاجة شديدة إليهم، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم، ولذلك قال علي رضي الله عنه في تضمينهم: «لا يُصلح الناس إلا ذاك» اهـ.
أقول: إن هذه المسألة ومسائل أخرى سواها قد ذكرها فقهاء المالكية مثالاً لقاعدة «**المصالح المرسلة**» عندهم، وذكرها فقهاء الحنفية مثالاً للاستحسان عندهم (ر: كتاب الإجارة من الدرر شرح الغرر ٢/٢٣٧).
وهذا يؤيد ما سننبه عليه في بحث المصالح المرسلة الآتي من أن نظرية المصالح عند المالكية هي نظير استحسان الضرورة عند الحنفية موسعاً.

الرجوع على المدفوع عنه إلا أن يكون الدافع مضطراً إلى الدفع[1].

وعلى هذا إذا سلم أحد إلى غيره مالاً وأمره أن يشتري له به شيئاً أو يقضي عنه به دينه، أو ينفق له منه على عياله أو بنائه ونحو ذلك، فأمسك المأمور عنده ما سلم إليه، واشترى أو قضى أو أنفق من مال نفسه فيما أمره الدافع، بقصد أن يستوفي بعد ذلك مما دفعه إليه، فمقتضى القياس الظاهر أن يعتبر المأمور متبرعاً بالدفع، ويرد إلى الآمر ما أخذ منه.

ولكن قالوا إنه في الاستحسان لا يعتبر متبرعاً تيسيراً للمعونات، ودفعاً للحرج في سبيلها، فيجري التقاص بين ما دفع من ماله وبين ما في يده من مال الآمر (ر: رد المحتار، كتاب الوكالة ٤/٤١٥).

٣ ــ إن الأموال الكَيْلية أو الوزنية تعدّ شرعاً من الأموال الربوية التي يجري فيها ربا الفضل: أي لا يجوز إقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه. وكذا لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه أكثر منه.

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بجواز استقراض الخبز عدداً بين الجيران، وإن تفاوت وزن الأرغفة التفاوت المعتاد؛ استحساناً على خلاف القياس، نظراً للضرورة وحاجة الناس مع انتفاء فكرة الربا والاسترباح في هذه العملية، لأن هذا التفاوت من التوافه المهدرة عرفاً[2].(ر: رد المحتار ٤/١٧٢ و ١٨٧).

---

(١) من صور الاضطرار إلى الأداء عن الغير ما لو كان مال الإنسان مرهوناً بإذنه في دَيْن على غيره ــ وهي مسألة المستعار للرهن ــ والمدين لا يفكه فإن للمالك أن يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دين المدين ويرجع عليه، ولا يعتبر متبرعاً لاضطراره إلى تخليص ماله (ر: الدر المختار ورد المحتار ٥/٣٣١).

(٢) ينبغي أن يعتبر مثل ذلك في صرف النقود الفضية ونحوها بأجزائها الصغرى عندما يكون وزن مجموع الأجزاء أقل أو أكثر من وزن القطعة المستبدل بها.
ويتردد اليوم بعضهم في ذلك غلواً وتشدداً محرجاً في الدين بلا موجب، مع أن هذا الصرف أشد حاجة وأولى بالجواز الشرعي من استقراض الخبز عدداً بين الجيران، لأن الأجزاء المستبدلة والقطعة النقدية المستبدل بها متساويان قيمةً وعرفاً، ولا يصلح ذلك ذريعة للمراباة والاسترباح.

وإلى هذا ذهب الاجتهاد المالكي أيضاً.

١٥ ـ هذه أمثلة هي قليل من كثير من المسائل الاستحسانية المنبثة في الفقه الحنفي من كلا النوعين، أعني الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة.

ومنها يتضح أن الاستحسان مقدم على القياس عند تعارضهما.

وعن هذا يقول الفقهاء: إذا ذكر في مسألة أن الحكم فيها كذا قياساً، وعكسه استحساناً، فحكم الاستحسان هو الراجح المعمول به دائماً. وذلك لأن الاستحسان في الحقيقة إنما هو علاج لما قد يترتب على القياس من مشكلات الأحكام في بعض الأحيان.

١٦ ـ تنبيه مهم في ضوء ما تقدم:

يجب الانتباه في هذا المقام إلى أمر مهم، هو أن الضرورة في قولهم: (استحسان الضرورة) ليس المراد بها الضرورة الملجئة التي تجعل الإنسان مضطراً بالمعنى الاصطلاحي لدى الفقهاء، وهي التي تستباح بها بعض المحرمات لصيانة النفس عن الهلاك، كشرب الخمر وأكل الميتة والخنزير لمن خشي أن يموت عطشاً أو جوعاً، ونحو ذلك، والتي ينزل عليها قوله تعالى بعد سرد بعض المحرمات: ﴿إلا ما اضْطُررتم﴾.

وإنما المراد هنا بالضرورة في استحسان الضرورة الحاجة إلى الأيسر، وإلى ما هو أقرب إلى دفع الحرج، وأكثر توافقاً مع مقاصد الشريعة العامة وإن لم يتوقف عليه صيانة الأنفس عن الهلاك، وصيانة الأموال عن الضياع.

١٧ ـ نقد التقسيم التقليدي للاستحسان:

هذا، وبعد أن عرفنا مما سبق بيانه حقيقة معنى الاستحسان ورتبته في مصادر الأحكام وأدلتها، من حيث إنه في الحقيقة طريقة تعديلية لمعالجة ما يؤدي إليه اطراد القياس في بعض المسائل من غلوّ ومساوىء، نقول:

إن معظم علماء أصول الفقه الحنفي يقسمون الاستحسان إلى أربعة أقسام، فيزيدون على هذين النوعين المشروحين نوعين آخرين هما:

ـ استحسان السنة، وهو لديهم عدول عن حكم القياس إلى حكم مخالف له ثبت في السنة.

ـ واستحسان الإجماع، وهو عدول أيضاً عن مقتضى القياس إلى حكم آخر انعقد عليه الإجماع، كما في صحة عقد الاستصناع المتقدم ذكره في بحث الإجماع(1).

ولا يخفى أن هذا التعميم والتنويع في معنى الاستحسان الاصطلاحي غير سديد، وهو إقحام للشيء في غير محله.

فمن الواضح بعدما سبق بيانه أن الحكم الثابت فيما يسمونه استحسان السنة أو استحسان الإجماع إنما يضاف ثبوته إلى السنة أو الإجماع، أي إلى نص الشارع وما في حكمه، لا إلى قياس أو استحسان.

فالاستحسان المقصود إنما هو عدول من الفقيه المستنبط عن حكم القياس حيث يجوز القياس لفقدان النص التشريعي. وإن القرآن ثم السنة ثم الإجماع مصادر ثلاثة أساسية مقدَّمة في الرتبة على القياس، فلا مجال لقياس ولا استحسان إلا فيما لم يرد من الأحكام في أحد تلك المصادر الثلاثة.

فإطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للشيء في غير زمرته، وتوسع في لفظ الاستحسان يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق(2).

---

(1) ر: «كشف الأسرار» للعلامة الشيخ عبدالعزيز البخاري، شرح «الأصول» لفخر الإسلام البزدوي، ج 4 ص /3، وكتاب «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني، ف/174.

(2) ولعل السبب في هذا التساهل هو رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون طريقة الاستحسان قولاً بالرأي وبالهوى المجرد عن دليل شرعي، فأراد الاستحسانيون بهذا التوسيع لمعناه الأصلي أن يفهموهم أن من معناه الاستناد إلى السنة أو الإجماع أو القياس.

على أن ما ورد به النص منحرفاً عن قياس أمثاله لمصلحة لحظها الشارع الآمر إنما هو في الحقيقة **استحسان الشارع** وليس الكلام فيه، وإنما الكلام في **استحسان الفقيه** المستنبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقيس عليها ويستحسن على وفقها، مستلهماً من غرض الشارع ومقاصد شريعته[1].

١٨ ـ وقد اشتهر أبو حنيفة وأتباعه من فقهاء مدرسته بطريقة الاستحسان وبناء الأحكام عليها، وبرعوا في الاستنباط الاستحساني براعة عدّلوا فيها كثيراً من غلو القياس الظاهر عندما يؤدي إلى مشكلة في المصلحة التطبيقية[2].

وقد أخذ الاجتهاد المالكي أيضاً بطريقة الاستحسان وتوسع فيها أكثر من الحنفية علاجاً لغلو القياس. ولكن المالكية لا يسمون القياس الخفي استحساناً كما في اصطلاح الحنفية، وإنما الاستحسان عند المالكية أن يترك القياس الظاهر لأحد أمور ثلاثة:

---

(١) والفرق بين استحسان الشارع واستحسان الفقيه المستنبط يشبه بعض الشبه الفرق في اصطلاح علماء القانون اليوم بين القرائن القانونية والقرائن القضائية.
والقرائن القانونية: هي التي عينها الشارع أو واضع القانون ورتب عليها حكماً خاصاً نص عليه لا رأي للقاضي في تقديره. وذلك لدلالته بنظر الشرع على الشك في الحق المتقادم حتى منع سماع الدعوى به.
والقرائن القضائية: هي من قبيل البينات والدلائل التي يعود للقاضي تقدير قوتها الإثباتية في وقائع الدعوى.
وشتان ما بين النوعين، فإن الأولى من أدلة الشارع التي يلحظها في تشريعه الآمر، والثانية من أدلة القاضي المنفذ في تمحيصه للوقائع.

(٢) المأثور عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقيس، حتى إذا قبح القياس وأدّى إلى غلّو في الحكم استحسن، أي عدل عنه إلى الاستحسان.
وقد قال تلميذه الإمام محمد بن الحسن الشيباني: «كان أبو حنيفة إذا قاس نازعه أصحابه المقاييس، فإذا قال: أستحسن، لم يلحق به أحد» (ر: كتاب «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني، ف/١٧٢. وكتاب «مالك» له أيضاً، القسم الثاني ف/١٧٢).

إذا عارضه عرف غالب (أي عادة شائعة).

أو عارضته مصلحة راجحة.

أو أدى إلى حرج ومشقة.

فيكون الحكم الاستحساني عندهم أيضاً من قبيل ترجيح مصلحة جزئية في حكم معين كانت تقضي القواعد القياسية بخلافه. وذلك لأن نصوص الشريعة الإسلامية تضافرت على وجوب رعاية المصلحة ودفع الحرج. كقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾. وقوله أيضاً: ﴿ما جَعل عليكم في الدين من حرج﴾. وقول النبي عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار».

قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي في بداية المجتهد (٢/١٥٤):

«ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل».

وهذا في الحقيقة نظير استحسان الضرورة في الاجتهاد الحنفي.

١٩ ــ ومن الأمثلة التي يبرز فيها غلوّ اطراد القياس الظاهر وجَوْره، واختلف الاجتهاد في معالجتها بالاستحسان، القضية المعروفة باسم «المسألة المشتركة» في الفرائض، أي في أحكام الميراث، وهي أن تموت امرأة عن زوج، وأم، وأخوين لأم، وأخوين شقيقين.

فالزوج والأم والإخوة لأم هم من أصحاب الفرائض الإرثية المحدودة. أما الإخوة الأشقاء فهم من العصبات[1]. والقاعدة في الميراث هي: أن **العصبات إنما يأخذون ما يزيد عن أصحاب الفرائض.**

فمقتضى القواعد القياسية في هذه الحادثة هو: أن يرث الإخوة لأم

---

(١) العصبة في اصطلاح علم الفرائض هو كل قريب ذكر يتصل إلى الميت بمحض الذكورة، أي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى، وذلك كالعم وابنه وكالأخ وابنه، فإنهم من العصبات. بخلاف العمة مثلاً لأنها أنثى، وبخلاف الخال وابنه لأن واسطة قرابتهما الأم وهي أنثى.

ولا يرث الأشقاء، لأن الفريضة الإرثية للزوج هنا نصف التركة؛ وللأم السدس؛ وللإخوة من الأم الثلث، فلا يبقى شيء للإخوة الأشقاء وهم العصبات. وهذا يؤدي إلى مشكلة من الغرابة بمكان، إذ يرث عندئذ الأخ لأم، ويحرم الشقيق!! وإلى هذا ذهب بعض الصحابة، وعليه الاجتهادان الحنفي والحنبلي.

ولكن عمر بن الخطاب وفريقاً آخر من الصحابة رضي الله عنهم ذهبوا إلى اشتراك الأشقاء مع الإخوة لأم في نصيبهم بالثلث استحساناً، باعتبار أن الجميع أولاد أم واحدة، فالأشقاء يشاركونهم في السبب من جهة الأم.

وبذلك سنَّ عمر سنة الاستحسان المقيم للعدالة الدافع للحرج.

وإلى هذا ذهب الاجتهادان المالكي والشافعي، وهو الأوجه.

ويروى أن عمر رضي الله عنه لما رُفعت إليه هذه القضية، فرأى فيها أولاً أن للإخوة من الأم الثلث فريضةً، فلا يبقى شيء للإخوة الأشقاء قال له هؤلاء: (هب أن أبانا كان حماراً، ألسنا لأم واحدة؟!).

فرجع عمر وقضى باشتراكهم جميعاً في الثلث (ر: أعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص /٤٨، طبعة الكردي، وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص /٢٩٠، وشرح المنظومة الرحبية للسبط المارديني، باب المسألة المشتركة)[١].

• • •

(١) قد عدلت الحكومة المصرية بقانون خاص صدر سنة ١٣٦٥هـ = ١٩٤٦م عن حكم المذهب الحنفي في المسألة المشتركة وأوجبت فيها العمل بحكم الاشتراك وفقاً لمذهب مالك والشافعي، وحسناً فعلت. وكذلك فعلت سورية أخيراً في قانون الأحوال الشخصية الجديد سنة ١٩٥٣م.

الفصل الثاني

الاستصلاح

الاستصلاح

تمهيد:

٢٠ ـ الاستصلاح هو كالاستحسان أصل من أصول الأحكام الفقهية أي من مصادرها. فهو في اصطلاح فقهاء الشريعة: **الحكم بمقتضى المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص بالإلغاء أو الإثبات، وتكون متفقة مع مقاصد الشريعة العامة**. وهو طريق مشروع فيها لتطبيق قواعدها وأوامرها على الوقائع الجديدة التي لا نص فيها، وسن التدابير اللازمة في إدارة شؤون الأمة وفقاً لمقاصد الشريعة العامة في جلب المصالح ودرء المفاسد، وإقامة الحياة على أكمل وجه ممكن.

والاستصلاح، كالاستحسان، طريق مختلف فيه بين أئمة الاجتهاد، فمنهم من يقره ومنهم من يرفضه، كما سنرى.

وكلاهما من المصادر التَّبَعية للأحكام في الشريعة الإسلامية. هما صنوان متتامان نابتان من أصل شرعي واحد:

فالسبب الموجب لفتح طريق الاستحسان والاستصلاح في سبيل تقرير الأحكام الشرعية للنوازل والتدابير الجديدة في نظر فقهاء الرأي من أئمة المذاهب الاجتهادية، هو أن هذا من لوازم العقيدة الإسلامية في أن شريعة الإسلام هي الشريعة الأخيرة الخالدة التي استكملت حاجة البشر من التنظيم الإلهي الحكيم، وتأسيس الأحكام والقواعد الصالحة لكل زمان ومكان في الحالات والحاجات

الأصلية والطارئة، والأوضاع الثابتة الدائمة، والاستثنائية الموقوتة، مهما تطورت الحياة البشرية وتعرضت لمختلف الظروف. فشريعة هذا شأنها وهذه عقيدة أصحابها بها لا بد فيها من فتح طريق القياس في المصادر الأصلية لأحكام الشريعة، وفتح طريق الاستحسان والاستصلاح والعرف لتكون مصادر تبعية ملحقة ضمن حدود وقيود، لكي تستدرك من الأحكام والتدابير كل ما لم يرد نصّ فيه، ولا في نظير له يقاس عليه، وتقوم بتنزيلها على منازلها الصحيحة من قواعد الشريعة ومقاصدها في العدل والإصلاح.

فكل ما يورد عادةً حول هذه الناحية في مطلع بحث الاستحسان هو ملحوظ هنا أيضاً في بحث الاستصلاح، فليرجع إليه، كما أن كثيراً من البحوث المتعلقة بالاستحسان أيضاً تلحظ هنا لأنها مشتركة، كبحث الفرق بين الاستحسان والاستصلاح وتفصيل اختلاف الآراء الاجتهادية فيهما.

٢١ ــ هذا، وإن الكلام في الاستصلاح ينقسم إلى المباحث الثمانية التالية:

١ ــ تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسلة.
٢ ــ إيضاح فكرة المصالح والمفاسد بالمعنى الذاتي لهما، وبالاعتبار الشرعي فيهما.
٣ ــ الغايات والبواعث الداعية إلى سلوك طريق الاستصلاح فقهاً.
٤ ــ أنواع الأحكام التي يمتد إليها طريق الاستصلاح.
٥ ــ الوفق والفرق بين الاستحسان والاستصلاح.
٦ ــ الترتيب التاريخي لظهور الألفاظ الاصطلاحية في هذا المقام.
٧ ــ الاستحسان والاستصلاح في الموازين الاجتهادية.
٨ ــ تعارض المصالح مع نصوص الشريعة وموقف الاجتهاد من ذلك.

أولاً :
تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسلة

٢٢ ـ الاستصلاح: **هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة.**

والمصلحة المرسلة: **هي كل مصلحة داخلة في مقاصد الشارع ولم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعها، ولا على استبعادها.**

فهي إنما تدخل في عموم المصالح التي تجتلب بها المنافع، وتجتنب المضارّ، والتي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها بوجه عام، ودلت نصوصها وأصولها على لزوم مراعاتها والنظر إليها في تنظيم سائر نواحي الحياة، ولم يحدد الشارع لها أفراداً، ولا أنواعاً. ولذا سميت (مرسلة) أي مطلقة غير محدودة.

فإذا كانت المصلحة قد جاء بها نص بعينها، ككتابة القرآن صيانةً له من الضياع، وكتعليم القراءة والكتابة[١]، أو كانت مما جاء نص عام في نوعها يشهد له بالاعتبار كوجوب تعليم العلم ونشره بوجه عام، وكالأمر بكل أنواع المعروف الذي أمر به الشرع، والنهي عن جميع فنون المنكر الذي نهى عنه الشرع، فعندئذ تكون من المصالح المنصوص عليها عيناً أو نوعاً لا من المصالح المرسلة، ويعتبر حكمها ثابتاً بذلك النص دلالة لا بقاعدة الاستصلاح.

ثانياً :
إيضاح فكرة المصالح والمفاسد

٢٣ ـ وإيضاحاً لفكرة المصالح المرسلة في الإسلام إجمالاً نقول: إن المصلحة عكس المفسدة، وكلتاهما يتعلق بها نظران من وجهين:

ـ من جهة المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة.

---

(١) ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان له كتبة للوحي يستكتبهم القرآن عند نزوله، وثبت أيضاً أنه جعل فداء أسرى بدر من المشركين العالِمين بالقراءة والكتابة، أن يقوم كل منهم بتعليم عشرة من المسلمين الأميين القراءة والكتابة.

ـ ومن جهة اعتبارهما في نظر الشارع.

(أ) المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة:

فبالمعنى الذاتي تفسر المصلحة بالمنفعة، وتفسر المفسدة بالمضرة مطلقاً. سواء أكان النفع أو الضرر شخصياً أو عاماً، غالباً أو مغلوباً، عاجلاً أو آجلاً... الخ.

فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأي طريق حصلت.

والجهل والخسارة والألم والتعب والمرض... إلخ، كلها مفاسد في ذاتها مضرة بأصحابها.

ولكن هذا النظر الذاتي في تحديد المصلحة والمفسدة هو نظر قاصر لا يكفي، ولا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه؛ فإن اللذة الحالية العارضة مثلاً قد تعقب آلاماً أو مضار لصاحبها ولغيره في نفسه أو شرفه أو ماله، كشرب المسكرات، وأن الراحة قد تعقب خساراً كبيراً، وتعباً طويلاً، وأن الربح في بعض صوره أو طرقه قد يقوم على ظلم الغير أو أكل حقوقه بالباطل، ويعقب مفاسد كبيرة.

وبالعكس قد نجد بعض الآلام أحسن نتيجة من عدمها كآلام العلاج والمداواة، وكذلك بعض المتاعب والمصاعب قد تتوقف عليها أطيب الثمرات. فالجهاد على ما فيه من ضرر بالأنفس والأموال تتوقف عليه حياة الأجيال الحاضرة والمستقبلة في الأمة، وأمانها من خطر أعدائها.

لذلك وجب أن يُتخذ للمصالح والمفاسد التي يُبنى عليها التشريع العام مقياس آخر يعتبر به الشارع مصلحة الفرد والمجتمع معاً، ويوازن بين عاجل الحوائج وآجل النتائج، فلا يعتبر عندئذ مصلحة أو مفسدة إلا ما اعتبره الشارع كذلك، قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها، فتكون العبرة في ذلك إنما هي للاعتبار الشرعي.

(ب) **الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة:**

إن المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الإسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد الشريعة، وإن أول مقاصدها صيانة الأركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال؛ ثم ضمان ما سواها من الأمور التي تحتاج إليها الحياة الصالحة مما دون تلك الأركان الضرورية بحسب أهميتها.

وتلك الأركان الخمسة قد اتفقت الشرائع الإلهية، بل والوضعية أيضاً، على وجوب احترامها وحفظها. وقد ذكر الإمام الغزالي في «المستصفى» أن حرمتها لم تبح في ملة قط.

٢٤ ـ وعلى هذا نرى أن علماء الفقه الإسلامي قسموا الأمور التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي، بحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها إلى ثلاثة أقسام:

الأول ـ الضروريات: وهي الأمور التي تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة السالفة البيان، من أعمال وتصرفات وتدابير وأشياء وما إليها.

والنظر الشرعي في هذا هو أن تلك الأركان الخمسة لا بد منها للحياة الصالحة، فإذا فُقد بعضها انهارت الحياة الإنسانية أو اختلت وفسدت.

ولذا شُرعت العبادات لصيانة العقيدة، وأبيح بل وجب الأكل والشرب واللبس بما يصون الأبدان ويستر السَّوْآت، كما نظمت أحكام المعاملات لصيانة الحقوق والأموال، وشرعت العقوبات والتضمينات، أي المسؤوليات المالية، زجراً عن العدوان وجبراً للحقوق.

فالأساس في اعتبار بعض الأعمال من المصالح الضرورية أنها لا تقوم تلك الأركان الخمسة التي هي أسس الحياة البشرية الصالحة إلا بتوافرها.

الثاني ـ الحاجيات: وهي الأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة، ولكنها تتطلبها الحاجة لأجل التوسعة ورفع الحرج،

كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات التي يمكن أن يستغني عنها الإنسان ولكن بشيء من المشقة، وكتشريع عقد الاستئجار وكثير من أنواع المعاملات.

ففتح طريق الاستئجار في المعاملات المدنية يحقق للناس وفاء حاجة كبرى، إذ يتمكن به كل منهم أن ينتفع بملك غيره لقاء عوض يسير بالنسبة إلى قيمة عين الشيء المأجور. ولو سُدّ طريق الاستئجار لما تعطلت حياة الناس ولما فسدت أوضاعهم، لكن ينالهم حرج كبير إذ يضطر الإنسان أن يملك عين ما يحتاج إليه ولو حاجة موقتة.

الثالث ــ التكميليات أو الكماليات أو التحسينيات: وهي التي لا تتحرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق أو من محاسن العادات، فهي من قبيل استكمال ما يليق، والتنزه عما لا يليق، كآداب الكلام والطعام والشراب، وكالاعتدال في المظاهر، والاقتصاد في المصارف دون إسراف ولا تقتير، ونحو ذلك.

وعلى هذا فالأحكام التي شرعت لصيانة الأركان الضرورية هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة. وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات، ثم الأحكام المشروعة للتحسين والتكميل.

ولا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بما هو ضروريّ أو حاجي، لأن الفرع لا يُراعى إذا كان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الأصل. ولذلك أُبيح شرعاً كشف العورة عند الاقتضاء لأجل تشخيص داء أو لمداواة أو عملية جراحية ضرورية، لأن ستر العورة من الأمور التحسينية التي غايتها أدبية، أما العلاج فمن الضروريات لأن به صيانة النفس أو العقل أو النسل.

(انظر «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ١٣٩ ــ ١٤٠ طبعة المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة. و«الموافقات» للشاطبي ج ٢ ص ٨ ــ ١٦ وما بعدها طبعة المكتبة التجارية بتعليقات الشيخ عبدالله دراز. و«أصول الفقه» للأستاذ الجليل الشيخ عبدالوهاب الخلاف ص ١٦٣ الطبعة الثانية. و«المدخل إلى علم أصول

الفقه» للأستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص ٤١٦ ـ ٤١٧ الطبعة الثانية).

هذه هي الأسس التي يعتبرها الشرع الإسلامي في وزن المصالح المرسلة أنواعاً ودرجات، وهي ترسم مقاصد الشريعة كما تدل عليه دلائل نصوصها في شتى الموضوعات والقضايا والأحكام.

فكل ما يؤيد هذه المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلباً قوياً أو ضعيفاً بحسب موقعها من تلك الأقسام الكلية الثلاثة. وكل ما ينافيها فهو مفسدة ممنوعة منعاً شديداً أو ضعيفاً بحسب نوع المقصد الشرعي الذي تخلّ به.

هذا وإن التحسينيات منها ما هو من المندوبات أي المطلوبة طلباً خفيفاً على سبيل الأولوية والأفضلية كآداب الطعام ونحوها؛ ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعاً على سبيل الحتم والإيجاب كستر العورة، لأن معنى كون الشيء من التحسينيات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم المادية دون حرج، لكنه قد يكون مما تقتضي الاعتبارات الأدبية والمعنوية تحتيمه وإلزام الناس به.

٢٥ ـ كل أمر فيه جهتا نفع وضرر، والعبرة شرعاً للغالب:

هذا ومن المسلَّم به أنّ كل أمر من الأمور فيه جهة نفع وجهة ضرر متعادلتان أو متفاوتتان: فإذا كانت جهة النفع في الشيء هي الغالبة فهو مصلحة بالمعنى العرفي وإن اشتمل على ضرر مغلوب. وإذا كانت جهة الضرر هي الغالبة فهو مفسدة بالمعنى العرفي وإن اشتمل على نفع مغلوب. ولذا كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة فيه من مصلحة أو مفسدة، أي من نفع أو ضرر.

وعلى هذا فكل شيء أو فعل إنما يكون مشروعاً أو ممنوعاً بحسب رجحان نفعه أو رجحان ضرره. وتقدير ذلك إلى نظر الشارع.

٢٦ ـ ومن المقرر في هذه الحال أن الجهة المرجوحة المغلوبة من نفع

أو ضرر غير مقصودة للشارع في أوامره ونواهيه، بل هي متغاضى عنها في سبيل الجهة الراجحة.

ـ ففي المطلوبات يكون الضرر المرجوح نظير الأشواك في الطريق الموصل إلى الغاية، فهذه الأشواك غير مقصودة الوجود بالنسبة إلى السالك.

ـ وفي المكروهات يكون النفع المرجوح نظير الربح المادي في عمل شائن يأباه الإنسان. فذلك الربح غير مقصود الترك لذاته، بل مقصود الشخص في الترك إنما هو اجتناب العمل الشائن، لا اجتناب الربح.

ومن المقرر أيضاً أن المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعاها لا عبرة لكونها موافقة لأهواء المكلفين وشهواتهم أو مخالفة، وإنما هي ما يقيم شأن الدنيا على أن تكون جسراً للآخرة، فتبني حياة صالحة فاضلة متعاونة على الخير والبر.

وقد أوضح الإمام الشاطبي هذا المعنى واستقصى الأدلة عليه في «الموافقات» ـ ج ٢ ص ٢٦ و ٢٧ ـ وقال:

«وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا، لا لنيل الشهوات، ولا لإجابة داعي الهوى».

ثالثاً:

الغايات والبواعث
الداعية إلى سلوك طريق الاستصلاح

٢٧ ـ يمكننا بعد ما تقدم بيانه أن نقسم الغايات والبواعث التي توجب على الفقيه الشرعي أو الحاكم الآمر أن يلجأ إلى قاعدة الاستصلاح، في استحداث أحكام جديدة ذات صفة تنفيذية لأوامر الشريعة الإسلامية، إلى أربعة عوامل:

(أ) **جلب المصالح**، وهي الأمور التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أقوى أساس، كفرض الضرائب العادلة بمقدار الحاجة لأجل تمويل

الخدمات العامة والمشروعات الهامة المفيدة. (انظر «الاعتصام» للشاطبي ج ٢ ص ٢٩٥ المثال الخامس).

(ب) **درء المفاسد**، وهي الأمور التي تضرّ بالناس أفراداً أو جماعات، سواء أكان ضررها مادياً أو أدبياً.

ومقياس الفساد هو قواعد الشريعة ومقاصدها المستفادة من نصوصها الثابتة، والتي يتألف منها نظام الإسلام.

(ج) **سد الذرائع**، أي منع الطريق التي تؤدي إلى إهمال أوامر الشريعة أو الاحتيال عليها، أو تؤدي إلى الوقوع في محاذير شرعية ولو عن غير قصد.

(د) **تغير الزمان**، أي اختلاف أحوال الناس وأخلاقهم وأوضاع الحياة العامة عما كانت عليه.

فكل واحد من هذه العوامل أو الغايات الأربعة يدعو إلى سلوك طريق الاستصلاح، باستحداث الأحكام الاجتماعية على أصلح منهاج، ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج.

فأما الغايتان الأوليان وهما جلب المصالح ودرء المفاسد، فمفهومهما وأمثلتهما واضحة مما سبق. وسنرى مزيداً من أمثلتهما قريباً عند بحثنا في أنواع الأحكام التي يمتد إليها طريق الاستصلاح.

وأما العاملان الآخران، وهما سد الذرائع وتغير الزمان، فنوجز فكرة إجمالية عنهما فيما يلي:

سد الذرائع:

٢٨ ـ الذريعة معناها في اللغة الوسيلة التي يلجأ إليها الإنسان لأمر من الأمور.

كثيراً ما تكون الأعمال والتصرفات الممنوعة شرعاً ليست مقصودة لذاتها بالمنع في نظر الشارع، بل إنما منعت على خلاف مقتضى الأصل فيها لأنها قابلة أن تكون طريقاً مفضية إلى أمر ممنوع شرعاً ولو عن غير قصد، أو أن تكون

ذريعة، أي وسيلة، يمكن أن يتشبّث بها الإنسان عن قصد منه إلى ذلك الأمر الممنوع(١).

فلذا يمنع شرعاً كل طريق أووسيلة قد تؤدي، عن قصد أو غير قصد، إلى المحاذير الشرعية. ويسمى هذا الأصل في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: **مبدأ سد الذرائع**، وهوباب واسع يتصل بسياسة التشريع فيعتبر فرعاً من الاستصلاح.

ويشهد لمبدأ سد الذرائع من نصوص الشريعة شواهد كثيرة جداً في الكتاب والسنة: فقد نهى القرآن العظيم عن سب أصنام المشركين، كيلا يثير ذلك حنقهم، فيسبوا الله تعالى جهلاً وعدواناً، فقال: ﴿ولا تسبُّوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عَدْواً بغير علم﴾.

وكذلك حرم القرآن خطبة المرأة المعتدة بعد انحلال زواجها بطلاقٍ أو بوفاة الزوج حتى تنقضي عدتها، كي لا تؤدي خطبتها إلى إخلال بواجب العدة الخطير الذي يقتضيه نظام الأسرة وحقوق الزوجية السابقة. ولذا كان أيضاً عقد الزواج على المرأة المعتدة، ولو بلا دخول، غير منعقد شرعاً.

ومن شواهد هذا المبدأ في السنة النبوية أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بناء المساجد على القبور، وذلك كيلا تفضي إلى عبادة الموتى من عظماء الناس.

وكذلك منع النبي الوصية للوارث كي لا تتخذ ذريعة إلى تفضيل بعض الورثة على بعض، احتيالاً على نظام الإرث، فإن هذا التفضيل ممنوع شرعاً كما سنرى(٢).

---

(١) وذلك نظير ما يسمى اليوم: الاحتيال على القانون.

(٢) هذا في نظر من يفهمون أن قول الرسول عليه الصلاة والسلام في خطبة الوداع: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لـوارث» أنه لمنع الجواز أو النفاذ، وهو رأي جمهور أئمة الفقه، وليس لنسخ الوجوب فقط أي وجوب الوصية للأقربين، فإنها كانت واجبة بنص القرآن قبل نزول آيات المواريث فتصبح جائزة بنسخ الوجوب، وهو مذهب الشيعة الإمامية المعمول به عندهم.

وكذلك نهى النبي عليه السلام عن خلوة الرجل بامرأة أجنبية عنه، لأن هذه الخلوة ذريعة يمكن أن تفضي إلى الفساد، ومن الواجب درء المفاسد.

يتضح من هذه الأمثلة الملاحظات التالية:

١ ـ إن مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الإسلامية في الأمور الدينية والمدنية، أي في العبادات والمعاملات على السواء. فالدينية كمنع بناء المساجد على القبور، والمدنية كالوصية للوارث.

٢ ـ إن المنظور إليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل، بل مجرد كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة التي يأباها الشرع، ولو كان الفاعل حسن النية. ولذا نهى القرآن عن سب أصنام المشركين وإن كان الذي يسبها إنما يسبها إيماناً بالله تعالى وانتصاراً له.

٢٩ ـ والفقهاء المجتهدون، بدلالة هذه النصوص وأمثالها المتصلة بحكمة التشريع وسياسته، والتي ترشد إلى مبدأ سدّ الذرائع، قد لجأوا إلى هذا المبدأ في أحكام اجتهادية قرروها على أساسه:

(أ) فمن ذلك ما قرره الاجتهاد الحنفي من أن للزوجة المطلقة في **طلاق الفرار**[١] حق الإرث من زوجها الذي طلقها، لكيلا يتخذ من حقه في الطلاق ذريعة إلى حرمان الزوجة ميراثها المشروع عند يأسه من الحياة بقصد المضارّة.

وهذا من قبيل منع **التعسف** في استعمال الحق، إذ ليس من المصلحة تمكين الناس من هذا التعسف.

وكذلك قرر الفقهاء أن البائع إذا شرط على المشتري في عقد البيع أنه

---

(١) طلاق الفرار: هو أن يطلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها في مرض موته أو في حالة خطر يغلب على الظن هلاكه فيها. فإقدامه على طلاقها وهو على عتبة الفراق الأبدي بالموت قرينة على قصد الفرار من حقها المشروع في الميراث، فأوجبوا لها الميراث إذا توفي وهي في العدة سداً لهذا الطريق ولو كان من المحتمل أن الزوج غير قاصد هذا القصد. وهذا الحكم هو نظر الاجتهاد الحنفي.

يتبرأ من ضمان العيوب الخفية التي يمكن أن تظهر في الشيء المبيع، فإن البائع لا يضمن عندئذ شيئاً من تلك العيوب عملاً بالشرط.

ولكن إذا كان البائع عالماً بعيب المبيع وكتمه عن المشتري عند العقد فإن شرط البراءة من ضمان العيب لا يعفيه من هذا الضمان، كيلا يتخذ مبدأ إلزام العاقد بالشروط التي يشترطها في التعاقد ذريعة إلى الغش تحت حماية الشرط.

بهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه في حادثة وقعت في عهده، وعليه الاجتهاد المالكي[1].

٣٠ ـ تغيُّر الزمان:

من أسباب تبديل الأحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الإسلامية اختلاف الأوضاع والأحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق، حينما قُرِّرت تلك الأحكام، وذلك إما لتبدّل الوسائل الحيوية، كحدوث الكهرباء والمعامل الآلية التي غيّرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر؛ وإما لفساد طارىء على أخلاق الناس العامة.

وقد قرر الفقهاء في هذا المقام تلك القاعدة الشهيرة القائلة: «لا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان» (انظر مجلة الأحكام العدلية وشروحها تحت المادة (٣٩) ورسالة نشر العَرْف للعلامة ابن عابدين في مجموعة رسائله ج ٢).

يقول العلامة ابن عابدين في هذا الموضوع ـ وهذا الموضع من رسالته هذه المسماة «نشر العَرْف في الأحكام المبنية على العُرْف» ـ ما نصه:

(إن كثيراً من الأحكام يبيّنها المجتهد على ما كان في زمانه فتختلف باختلاف الزمان لتغيّر عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان،

---

(١) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص/١٥٣ ـ ١٥٤.
أما الحنفية فيجوِّزون اشتراط البائع عدم الضمان ويسقطون به عنه عهدة ضمان العيب ولو كان سيء النية، أي كاتماً للعيب مع علمه به عملاً بالشرط (انظر باب خيار العيب من كتاب البيوع في الدر المختار وحواشيه).

بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، لأجل بقاء النظام على أحسن إحكام. ولهذا ترى فقهاء المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه).

ثم أتى رحمه الله على ذلك بأمثلة كثيرة:

ـ منها: أنه في أصل المذهب الحنفي لم يكن يعتبر الإكراه معذرة للشخص المستكره (بفتح الراء) إلا إذا كان واقعاً من السلطان نفسه أو بأمره، لأن قيام سلطة الحاكم يمنع الناس من أن يكره بعضهم بعضاً على فعل أو عقد، إذ يستطيع من يقع عليه الإكراه أن يلتجىء إلى الحاكم. أما السلطان فلا سلطة فوقه وبيده القوة.

لكن المتأخرين من الفقهاء لما رأوا **فساد الزمان** وتسلط بعض الناس على بعض تحت حماية بعض الحكام، وفقدان الوازع، أفتوا بأن الإكراه يعتبر معذرة مؤثرة في مسؤولية المستكره عن الأفعال والعقود التي باشرها تحت الإكراه ولو كان واقعاً من غير السلطان الحاكم.

ـ ومنها: أن الفقهاء المتقدمين أيضاً كانوا يجيزون إيجار عقارات الوقف مهما كانت مدة الإيجار طويلة أو قصيرة.

ولكن المتأخرين لما رأوا كثرة **غصب المتنفذين** لأملاك الأوقاف وتواطؤ بعض المتولّين (النظّار) على الأوقاف معهم، أفتوا بمنع إيجار عقار الوقف أكثر من سنة واحدة في الدور والحوانيت المبنية، وثلاث سنين في الأراضي الزراعية، خشية من أن يدعي المستأجر في النهاية ملكية العقار الموقوف، متخذاً من استمرار يده وتصرفه فيه زمناً طويلاً دليلاً على ملكيته. فتجديد عقد الإيجار في فترات قصيرة يحول دون ذلك (انظر في الدر المختار وحواشيه كتاب الوقف أول فصل: يراعى شرط الواقف في إجارته، وكذا في الدرر شرح الغرر لمنلا خسرو وفي غيرهما).

وقال الشهاب القرافي من المالكية في كتابه «الفروق» تحت الفرق (٢٨) المسألة الثالثة (ج ١ ص/١٧٧) ما نصه:

(الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين).

ولابن القيم رحمه الله في هذا الموضوع كلام هام ذكره في فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد من إعلام الموقعين فلينظر فيه (ج ٣ ص ١ طبعة المنيرية، وج ٣ ص ٢٧ طبعة فرج الله زكي الكردي)[1].

رابعاً:

أنواع الأحكام

التي يمتد إليها طريق الاستصلاح فقهاً

٣١ ـ الأحكام التي تُبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة يمكن تصنيفها إلى نوعين:

النوع الأول ـ الأحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك الشؤون والمصالح العامة. وذلك كفرض الضرائب على المقتدرين عند الحاجة إلى الأعمال العامة كتجهيز الجيوش وبناء الجسور، وتخطيط الأراضي، وإحصاء النفوس، وتعبيد الطرق، وإنشاء المستشفيات ودور العجزة، وسائر وجوه الضمان الاجتماعي الذي ينفي البؤس ويكفل العمل لمن يريده ويحقق لجميع الناس حدّاً أدنى من المستوى اللائق في المعيشة والمرافق الضرورية لحياتهم.

---

(١) من أراد المزيد من تفصيل بحث تغير الأحكام بتغير الأزمان وأنواع تغير الزمان من فساد أو تطور، وآثار ذلك في فتاوى الفقهاء ومختلف الأمثلة فيه من شتى الأبواب والفصول فليرجع إلى كتابي (المدخل الفقهي العام) الفقرات/٥٣٤ ـ ٥٥٤.

فكل تلك المصالح الحيوية وأمثالها مما هو معروف ومحتاج إليه، أو سيتولد وتحتاج إليه الحياة العامة، يجب أن يتعاون عليه أفراد المجتمع، ويمولوه بالمال اللازم بحسب قدرة كل منهم، وفقاً لأوامر الشريعة التي يقول قرآنها:

﴿وتعاونوا على البِرّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾.

فإنشاء المؤسسات اللازمة لكل مشروع من هذا القبيل، وتمويل تلك المؤسسات العامة بالضرائب والجباية العادلة بحسب الحاجة هو أحكام استصلاحية[1].

ومن هذا القبيل أيضاً تحديد الأسعار عند الحاجة كي لا يطغى الباعة فيها ويتحكّموا بحوائج الناس.

ومن هذا القبيل ما أحدثه عمر بن الخطاب الخليفة الثاني رضي الله عنه من إنشاء الديوان لضبط عطاء الجند وأرزاقهم ومدة خدمتهم... إلخ، ثم عممت الدواوين في مصالح أخرى.

ومن هذا القبيل أيضاً في عصرنا الحاضر تنظيم السير في الطرق الداخلية والخارجية بأنظمة خاصة بعد حدوث السيارات الآلية، منعاً للدعس والاصطدام وصيانة لأرواح الناس.

وكل ذلك هو من مقتضى الولاية العامة لصاحب السلطة العليا في الدولة من خليفة أو غيره، فإن له، بل عليه، أن ينظم الأوضاع ويؤسس المؤسسات، ويسن الأنظمة اللازمة لإنشاء هذه الأعمال وتمويلها وإدارتها، وأن يفرض العقاب على المخالفين بحسب ما يستجد من الدواعي الجديدة.

النوع الثاني ـ الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي والحقوق الخاصة. وإليك الأمثلة الواقعية في كلا الموضوعين:

---

(١) انظر كتاب «الاعتصام» للشاطبي بشأن الجباية عند الحاجة (الاعتصام ج ٢ ص/٢٩٥).

(أ) في النظام القضائي:

٣٢ ـ من الأمثلة الواقعية على هذا النوع التدابير والأحكام التالية:

١ ـ إنشاء قضاء المظالم في الماضي لتحقيق الغاية التي أسس لأجلها القضاء الإداري في عصرنا الحاضر، وهي التظلم من أعمال السلطات الحاكمة والولاة، والانتصاف للأفراد منها إذا جارت عليهم بسلطانها.

٢ ـ تنظيم سجلات ومحاضر للقضاة تدوَّن فيها وقائع المحاكمات والشهادات والأحكام للتوثيق وصيانة الحقوق ومنع التلاعب في الإثبات مما لم يكن موجوداً في العصر الأول.

٣ ـ تخصيص القضاة اليوم من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواه. وذلك كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوى الحقوق المالية، والمحاكم الجزئية للقضايا البسيطة... إلى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية، وكثرة الدعاوى والأنظمة وحاجتها إلى الأخصَّاء في العلم، والاختصاص في توزيع العمل.

٤ ـ جعل القضاء والمحاكم اليوم على درجات (اثنتين أو ثلاث) بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جَوْراً أو خطأ.

٥ ـ منع القضاة، بأمر السلطان وفتوى الفقهاء، من سماع الدعاوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً معيناً بلا عذر، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق وفي إثباته بعد التقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها. وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية **التقادم**، أو مسألة مرور الزمان التي أقرها متأخرو الفقهاء وصدرت بها الأوامر السلطانية وفتوى الفقهاء في العهد العثماني.

(ب) في الحقوق الخاصة:

٣٣ — ومن أمثلة هذا النوع الحكم بانحلال الزواج بين المفقود(١) وزوجته بناء على طلب الزوجة وإن لم يثبت موته، وذلك بعد مضي أربع سنوات على فقدانه في حال السلم، أو سنة واحدة إذا فقد في حرب. فعندئذ يسوغ لزوجته أن تتزوج غيره بعد أن يقضي القاضي بانحلال الزوجية، وتقضي الزوجة عدتها الشرعية، دفعاً لضرر الزوجة من بقائها معلقة إلى مدى طويل، ولو كان للزوج المفقود مالٌ كافٍ لنفقتها.

وبهذا قضى عمر بن الخطاب، وعليه جرى الاجتهاد المالكي تبعاً لقضاء عمر(٢).

---

(١) المفقود هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولا يُعلم له مكان ولا يُعرف هل هو حي أو ميت.
فإذا كان معلوم الحياة فهو عندئذ غائب لا مفقود.

(٢) لم يأخذ الاجتهادان الحنفي والشافعي بهذا الحكم بل أوجبا تطبيق قاعدة الاستصحاب العامة في قضية المفقود بالنسبة إلى زوجته وبالنسبة إلى أمواله على السواء. لكن الاجتهاد الشافعي يسوغ لزوجة الغائب طلب التطليق لعدم الإنفاق إذا لم يترك لها مالاً للنفقة.
وقاعدة الاستصحاب تقضي بأن «الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه» فمن كان مديناً مثلاً يستمر مديناً حتى يثبت سقوط دينه. ومن كان غير مدين يستمر كذلك حتى يثبت شغل ذمته بالاستدانة أو بغيرها من أسباب الالتزام، وهكذا...
والمفقود كان حياً فالأصل استمرار حياته حتى يثبت موته أو حتى يموت أقرانه في بلده فيغلب على الظن عندئذ وفاته. وقبل ذلك لا توزع أمواله بين ورثته، فكذلك تبقى زوجته على عصمته.
ولا يخفى أن هذا الاجتهاد (وإن كان من الوجهة النظرية منسجماً أو جارياً على قاعدة قياسية) يؤدي إلى حرج عظيم بالنسبة للزوجة. فإن في الحياة الزوجية اعتبارات تختلف عن الحقوق المالية.
فإذا لم يكن في بقاء المال محتجزاً دهراً طويلاً ضرر أو مفسدة، فإن في بقاء الزوجة بلا زوج ضرراً عظيماً لها لا تقره مقاصد الشريعة، وقد يؤدي إلى مفاسد. فقياس الزوجية على المال قياس مع الفارق.

ومن هذا النوع أيضاً في عصرنا الحاضر الأحكام القانونية التي تقضي بأن العقود العقارية لا تكسب المتعاقد حقوقاً عينية في العقار ما لم تسجَّل في السجل العقاري، وذلك لمقاصد تنظيمية وإصلاحية عديدة، منها منع صاحب العقار من التلاعب والاحتيال على الناس بأن يبيع عقاره أو يرهنه مثلاً من عدة أشخاص على التعاقب، ويأخذ منهم جميعاً أثماناً أو ديوناً دون أن يدري اللاحق منهم بعقد السابق[1].

= ولمعالجة مثل هذه المشكلات فتح في أصول الشريعة طريق الاستحسان والاستصلاح لاجتناب نتائج غلو القياس والقواعد النظرية عندما يكون لبعض الحوادث اعتبارات وملابسات خاصة يؤدي معها تطبيق القواعد القياسية إلى محاذير كما هو مبين في بحث الاستحسان.

(١) القوانين العقارية اليوم في الدول تختلف في موقفها من العقود العقارية إذا أجريت بصورة عادية بين المتعاقدين دون أن تسجَّل في السجل العقاري فبعض القوانين لدى الدول تعتبر هذه العقود باطلة من أصلها لا تنشىء أثراً ما بين العاقدين أنفسهما ولا تجاه الغير، بحيث إن العاقد إذا نكل عن تسجيل عقده فليس للعاقد الآخر أن يلزمه بالتسجيل بقوة القضاء لبطلان العقد.

وبعض القوانين تعتبر العقد غير المسجل في السجل العقاري منعقداً وملزماً لهما لكن لا تترتب عليه آثاره تجاه غيرهما ما لم يسجل في السجل العقاري. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً يبقى قبل التسجيل المالك بالنسبة إلى المستأجر هو البائع، فإذا نكل أحدهما عن التسجيل حق للآخر أن يقاضيه ويقضي عليه بالتسجيل فيدفع المستأجر الأجرة إلى البائع لا إلى المشتري، أما لو سبق البائع قبل أن يقاضيه المشتري فباع العقار من مشترٍ آخر وسجل له البيع في السجل العقاري فليس للمشتري الأول مقاضاة المشتري الثاني في عين العقار بحجة أنه أسبق شراء، بل ينحصر حقه في الرجوع على بائعه فقط، لأن حقه في عين العقار لا يحتج به على غير المتعاقد معه إلا بعد تسجيله. وعلى هذا جرى القانون المدني السوري الجديد.

وفي رأينا أن جميع التدابير القانونية في عصرنا هذا مما يقصد به إلزام الناس بتسجيل عقودهم العقارية في سجل حكومي مخصوص، ليكون هذا التسجيل شهراً لها يخرجها من نطاق السرية، هي تدابير مقبولة شرعاً وداخلة في قاعدة المصالح المرسلة، وأن العقد يكون بمقتضاها باطلاً، أو موقوف الأثر قبل التسجيل بالنظر الشرعي، أو لا يحتج به على غير العاقد وفقاً لما يرسمه القانون.

ومن هذا القبيل في عصرنا اليوم أيضاً المنع القانوني من إثبات الديون التي تتجاوز مبلغاً معيناً بغير البينات الخطية، وذلك لكثرة شيوع التزوير في الشهادات الشخصية.

فكل ذلك إنما هو من قبيل بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلة في باب الحقوق الخاصة[1].

خامساً:

الوفق والفرق بين الاستحسان والاستصلاح

٣٤ ـ إن الاستحسان عند الحنفية، كما رأينا، نوعان متباينان:

فأحدهما) ـ وهو الاستحسان القياسي ـ إنما هو ضرب من القياس[2] إذ هو ترجيح قياس خفي الملحظ قويّ المبنى على قياس ظاهر متبادر، لكنه ضعيف عند تعدّد وجوه القياس وتعارضها في مسألة ما. فهذا الاستحسان هو في الواقع أحد قياسين.

والثاني) ـ وهو استحسان الضرورة ـ هو في الحقيقة ضرب من الاستصلاح، أي فرع من قاعدة المصالح المرسلة، لأن فيه عدولاً عن مقتضى حكم القياس في قضية إلى حكم آخر إذا كان ذلك القياس يؤدي إلى حرج غير

---

(١) يلحظ هنا أن معظم أمثلة هذا النوع أيضاً تعدّ من قبيل الاستحسان لأنها تقوم على أساس الترخّص في مخالفة قواعد قياسية كانت تقتضي خلاف هذه الأحكام.
فقد كان مقتضى القواعد القياسية صحة العقود العقارية وترتّب آثارها عليها ولو عقدت سرّاً بين العاقدين، أسوة للعقار بغيره من الأموال، وكذا بقاء زوجة المفقود حتى تثبت وفاته أو تموت أقرانه، وكذا سماع الدعوى بالحق مهما تقادم.
فتلك الأحكام والتدابير الاستثنائية التي قررت في هذه الأمثلة وأمثالها هي استصلاح بالنظر إلى المصلحة التي أوجبته، وهي في الوقت نفسه استحسان بالنظر إلى أنها قد خولفت فيها القواعد القياسية كما سنرى في الوفق والفرق بين الاستحسان والاستصلاح في البند التالي.

(٢) انظر كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ج ٤ ص ٤.

عادي، أو إلى ضرر غالب، أي أعظم من المصلحة. وذلك الحكم المعدول إليه يقوم على أساس نفي الحرج، ودفع الضرر الغالب من طريق التطبيق لأحكام الشريعة.

أما عند المالكية فإن الاستحسان هو دائماً فرع من نظرية المصالح لأن الاستحسان عندهم نوع واحد هو العدول عن القياس رعاية لمصلحة تعارضه في مسألة معينة.

فهم لا يسمون القياس الخفي (استحساناً) وإنما هو «قياس» باق على أصل اسمه.

غير أن هناك نقطة واحدة تعَدّ هي الفارق بين الاستحسان وقاعدة المصالح المرسلة باتفاق، وهي أن الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفاً لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد، وذلك إما رعاية لمصلحة عامة كتضمين الأجراء العموميين ما في أيديهم من أموال الناس كيلا يتقبلوا أعمالاً أكثر من قدرتهم طمعاً في الأجور، فيغرِّروا بالناس ويماطلوهم، ويعرضوا أموالهم للتلف، وكتعجيل انحلال الزواج بين المرأة وزوجها المفقود، وإما رعاية لمصلحة حقوقية جزئية(١).

---

(١) من الأمثلة التي يذكرها المالكية للاستحسان المبني على رعاية مصلحة جزئية ما لو اشترى أحد شيئاً على أنه بالخيار في إبرام العقد وفسخه خلال مدة معينة ـ وهو المسمى خيار الشرط ـ ثم مات المشتري قبل انقضاء المدة المضروبة فاختلف ورثته فرضي بعضهم بإبرام العقد ورفض بعضهم، ولم يقبل البائع تجزئة المبيع. فمقتضى القياس أن يبطل البيع في الكل، ولكنهم استحسنوا إمضاء العقد على البائع إذا قبل من رضي من الورثة بأن يأخذ حصة من رفض.

وذلك رعاية لمصلحة الوارث دون أن يتضرر البائع لانتفاء التجزئة. وهذا الاستحسان في هذه المسألة لا يجري في الاجتهاد الحنفي لأن من المقرر فيه أن خيار الشرط لا يورث فبموت صاحب الخيار خلال المدة المضروبة ينبرم العقد ويستقر ملك المشتري في المبيع نهائياً إن كان الخيار للبائع أو يثبت الملك فيه لورثة المشتري إن كان الخيار له فمات (ر: المجلة م ٣٠٦).

أما المصلحة المرسلة التي يبنى عليها الاستصلاح فلا يشترط أن يكون فيها مخالفة لقياس يعارضها. فقد يكون الحكم الثابت بها من الشؤون العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد، كفرض الضرائب الإلزامية عند الحاجة، وتحديد العقوبات التعزيرية للجرائم منعاً لفوضى الأحكام باختلاف أنظار الحكام، وكإلزام الحكومة الناس بالقضاء بمذهب فقهي مخصوص، أو تقنين أحكام مدنية مختارة من عدة مذاهب فقهية اجتهادية معتبرة، لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم ووجهة القضاء فيها سلفاً بصورة ثابتة مستقرة.

فكل ذلك وأمثاله مما تتجدد الحاجات فيه ولا تحصى لا يوجد في الشريعة دلائل قياسية كانت تقتضي خلافه، وإنما هو استصلاح محض.

يقول الإمام أبو إسحق الشاطبي في «الاعتصام» بعد ذكر مسائل من صور الاستحسان عند الإمام مالك:

(فإن قيل: هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان، قلنا: نعم، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلة) اهـ. (الاعتصام ج ٢ ص ٣٢٤). ومعنى هذا الكلام أن الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء، أما المصالح المرسلة فإنها تكون هي الدليل حيث لا يكون ثمة دليل سواها.

وإننا نرى أن هذا الاستثناء من القواعد، رعاية لمصلحة جزئية ـ أي الاستحسان ـ هو بلا ريب أخذ بمبدأ المصالح المرسلة. ولذلك يقول علماء المالكية: إن الاستحسان هو إيثار للاستدلال المرسل ـ أي للاستدلال بالمصلحة المرسلة ـ على الاستدلال بالقياس. ومؤدّى ذلك أن المصلحة تعمل في حالين:

الحالة الأولى ـ حيث لا يكون في الموضوع قياس محمول على نص وحينئذ تكون المصلحة هي الدليل وحدها. وهي عند مالك أصل مستقل قائم بذاته.

الحالة الثانية ـ إذا كان ثمة قياس يوقع اطّراده في مشقة أو ضيق، أو ينافي مصلحة ظاهرة، فحينئذ يترخص في ترك القياس لهذا النفع المجتلب، ولذلك

الضرر المجتنب. وسمي هذا النوع الذي قوبل بالقياس استحساناً. (انظر كتاب «مالك» للأستاذ محمد أبي زهرة، القسم الثاني ف/١٧٩).

يتضح مما تقدم أن النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص المطلق:

فالاستصلاح أعم، والاستحسان أخص، فكل استحسان خولف فيه القياس هو وجه من الاستصلاح، وليس كل ما بني من الأحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعتبر استحساناً لأنه ربما لا يخالف قاعدة قياسية، والاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية.

سادساً:

الترتيب التاريخي

لظهور الألفاظ الاصطلاحية المستعملة في هذا المقام

٣٥ ـ يظهر من تتبع وقائع الفقه الإسلامي، تلك الوقائع التي أنبتت وأثمرت لغته الغنية الاصطلاحية، أن أول لفظ استعمل في هذا المقام هو لفظ (الرأي) للدلالة على معنى الاجتهاد في الفتوى الفقهية على أساس النظر إلى قواعد الشريعة ومقاصدها، إما قياساً بين الأشباه والنظائر، أو عدولاً عن القياس إلى حكم مخالف له نظراً إلى مقتضى المصلحة المناسبة، وذلك عند عدم النص، أو عند الاجتهاد في تخصيصه أو تأويله في هدي المفاهيم والمقاصد الشرعية المستقرة في نفس العالم الفقيه المتمكن. وهي الطريقة التي خطها عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قضايا عديدة جديدة مشهورة. منها منعه تقسيم أراضي سواد العراق بين فاتحيه كقسمة الغنائم المنقولة. ومنها قضاؤه في عدة زوجة المفقود، وفي المسألة المشتركة الإرثية... الخ. وكان ذلك أساساً للطريقة التي سميت بعد ذلك طريقة «أهل الرأي» في مقابل «أهل الحديث» المتقيدين بحرفية النصوص دون النظر إلى العلل والمقاصد الشرعية والمعاني المصلحية التي يعلل بها النص ويهدف إليها.

ثم في عهد أبي حنيفة الذي تمركز فيه زعامة أهل الرأي ظهرت على

لسانه كلمة «الاستحسان» في مناقشاته مع أصحابه في المسائل الفقهية. فقد كان بعد ظهور الحكم القياسي في المسألة إذا رأى فيه مشكلة أو حرجاً يقول: أستحسن كذا وكذا، فيذهب إلى حكم مخالف للقياس أقرب إلى تحقيق العدل والحكمة الشرعية والمصلحة، أي أقرب إلى روح الشريعة من مقتضى القياس فيها.

ثم استعمل الإمام مالك لفظ **الاستحسان** تعبيراً عن طريقة الرأي حتى قال كلمته المعروفة: «الاستحسان تسعة أعشار العلم».

ثم استحدث فقهاء المذهب المالكي كلمة «المصالح المرسلة» عندما ظهرت الحاجة إلى الدلالة على ما ليس في موضوعه قياس مخالف من الأمور والقضايا الجديدة التي لا نص فيها ولا فيما يشابهها، بعد أن كان لفظ الاستحسان هو المستعمل في هذا النوع أيضاً على سبيل التوسع. وبعد شيوع لفظ المصالح المرسلة بقي لفظ الاستحسان مقصوراً على ما يخالف القواعد القياسية.

ثم لما استقر لعلم أصول الفقه أسلوب منهجي بين المذاهب استعمل فيه لفظ «المناسب» بمعنى الحكمة أو العلة أو المصلحة، وأصبح يقال أيضاً: «المناسب المرسل» في معنى المصالح المرسلة.

ثم جاء الغزالي في القرن الخامس الهجري فاستحدث في كتابه «المستصفى» اصطلاحات جديدة كثيرة منها لفظ «الاستصلاح» للدلالة على قاعدة المصالح المرسلة[1] اشتقاقاً من لفظ «المصلحة»، ومشاكلةً للفظ «الاستحسان» لمقابلته به، وهو اصطلاح جيد موفَّق.

وهكذا استقر اعتبار الاستحسان فرعاً من قاعدة المصالح المرسلة خاصاً بما فيه عدول عن مقتضى الدليل القياسي أو القواعد العامة في مسألة معينة لمصلحة شرعية توجب هذا العدول، كما سبق بيانه.

---

(١) المراد بقاعدة المصالح المرسلة هو بناء الأحكام الجديدة وفاقاً لمقتضى المصلحة المعتبرة شرعاً. أما التعبير بالمصالح المرسلة فيفيد معنى المصالح ذاتها لا معنى بناء الأحكام على مقتضاها.

وظهر أيضاً عند الحنفية وغيرهم استعمال كلمة «السياسة الشرعية» فدلوا بها على ما يشمل مفهوم الاستحسان والاستصلاح في نطاق الحقوق، وفي نطاق العقوبات التعزيرية، واستعماله في هذه أكثر. (انظر كتاب «معين الحكام» لعلاء الدين الطرابلسي الحنفي، القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص/٢١٦ وما بعدها، وما أورده من كلام وأمثلة نقلاً عن القرافي المالكي وابن القيم الحنبلي).

سابعاً:
الاستحسان والاستصلاح في الموازين الاجتهادية
(أو: موقف أئمة الفقه منهما)

٣٦ ــ اختلفت الأنظار الاجتهادية في اعتبار الاستحسان والاستصلاح. وجميع المذاهب موقفها واضح منهما إيجابياً أو سلبياً إلا المذهب الشافعي فموقفه مضطرب.

ولذا سنعرض موقف المذاهب بإيجاز على سبيل التذكير إلا المذهب الشافعي فسنُعنىٰ بشيء من البسط في عرضه ونقل أقوال فقهائه، تجلية لموقفه الحقيقي وواقع حاله.

١ ــ مذهب الحنفية والمالكية

٣٧ ــ أبو حنيفة ومالك وأتباعهما أكثر الفقهاء اعتماداً على الاستحسان والاستصلاح وعملاً بهما، وموقف الإمامين في هذا الموضوع جدّ متشابه.

(أ) فقد فتح الاجتهاد الحنفي طريقة الاستحسان وسماها بهذا الاسم، كما سبقت الإشارة إليه، وأسسها على نظام مضبوط عندما لمس الحاجة إلى معالجة غلوّ القياس ومشكلاته بنظر مستمد من أساليب الشريعة نفسها في علاج المساوىء والطوارىء، ومن مقاصدها العامة في العدل والإصلاح.

وقد رأينا في بحث الاستحسان أن الاجتهاد الحنفي يجعل منه نوعين أساسيين هما: الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة.

فالاستحسان القياسي ليس مقصوداً هنا في هذه الموازنة لأنه ضرب من القياس كما تقدم، وإنما المقصود هنا هو استحسان الضرورة لأنه شقيق الاستصلاح.

ورأينا أيضاً هناك أن استحسان الضرورة عند الحنفية يستند إلى رعاية المصلحة تعديلاً لطريق القياس عندما يؤدي القياس إلى إحراج، لأن من قواعد الشريعة رفع الحرج. فهو أي الاستحسان عند الحنفية، التفات إلى مقاصد الشريعة العامة في ابتغاء الأصلح.

والظاهر من نظرية الاجتهاد الحنفي في الاستحسان، ومن عبارات فقهائه أنهم لا يعدونه مصدراً مستقلاً زائداً عن المصادر الأربعة الأساسية وإنما يرونه طريقاً استثنائية تابعة للقياس المشروع بمثابة اللجام له إذا جمح وخيف أن يؤدي اطراده إلى نتيجة تنافي طبيعة الشريعة السمحة ومنهاجها الحكيم في إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد ومنع الضرر ورفع الحرج والتيسير على الناس في غير تفريط.

وفقهاء الحنفية لم يبحثوا في **المصالح المرسلة** بحثاً موضوعياً يبينون فيه منهجهم وشرائطهم في رعايتها، كما فعل فقهاء المذهب المالكي. ولكن الحنفية فرعوا كثيراً، وأفتوا كثيراً فتاوى استحسانية من نوع استحسان الضرورة الذي يقوم عندهم على أساس رعاية المصالح الحقة، ودفع الحرج، والسياسة الشرعية. وهو النوع الذي تندمج فيه المصالح المرسلة في تعبير غيرهم كما سبق بيانه.

فقد أفتوا بعدم بينونة المرأة التي ترتد بقصد البينونة من زوجها، كما أفتوا بميراث الزوجة التي يطلقها زوجها بائناً في مرض موته للفرار من إرثها إذا مات وهي في العدة، وأفتوا بتمديد إجارة الأرض المستأجرة للزرع إذا انقضت مدة الإجارة قبل استحصاده منعاً للضرر عن المستأجر بقلع الزرع، وأفتوا كالمالكية بتضمين الصناع العامِّين ما يُتلف في أيديهم من أموال المستصنعين وإن كان الأصل فيه أنه أمانة في أيديهم، إلا ما كان من سبب يعسر التحرز منه كالحريق

إلى غير ذلك من الأحكام الكثيرة التي بُنيت على المصلحة وحدها دون الغالب، أو خُصِّص النص في بعضها.

(ب) أما المذهب المالكي فقد أبرز نظرية المصالح المرسلة في صورة أعم، بحيث جعل الاستحسان فرعاً منها مخصوصاً بحال مخالفة القواعد القياسية عندما تقضي المصلحة بمخالفتها اجتناباً لمشكلة يؤدي إليها القياس كما تقدم، بينما كانت فكرة المصالح في طريقة الاجتهاد الحنفي تُعَدّ هي فرعاً من الاستحسان عندما قسموا الاستحسان إلى أنواع، واعتبروا استحسان الضرورة نوعاً منه يخالف مقتضى القواعد القياسية رعاية للمصلحة ودفعاً للحرج. وهذا النوع من الاستحسان نقطة انطلاق تؤدي حتماً بطريق الأولوية إلى اعتماد المصالح المرسلة التي لا مخالفة فيها لشيء من القواعد.

والمعروف عن الاجتهاد المالكي أنه يعتبر المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً دلّت على اعتباره نصوص الشريعة كما دلت على القياس، فيبني على أساسها الأحكام الشرعية عند فقدان النص التشريعي في الحادثة أو فيما يشابهها، فتكون هي الدليل عندما لا يكون دليل سواها، كما يخالف بها القياس المستند إلى نص في الحوادث المشابهة عندما يؤدي اطّراد القياس إلى خلاف المصلحة. وهذه هي الحالة التي يبرز فيها النظر إلى المصالح المرسلة في صورة الاستحسان المخالف لمقتضى القياس.

والمحررون لمذهب مالك ومنهاجه في الأخذ بالاستحسان والاستصلاح ـ كالإمام الشاطبي أبي إسحق إبراهيم بن موسى صاحب «الموافقات» و «الاعتصام» ـ يقررون أن مالكاً يقيد ذلك بقيود ثلاثة تنفي محاذيره وتمنع من طريقه فوضى الآراء، حتى لا يكون تقدير المصلحة تابعاً للأهواء والشهوات. فقد أورد الشاطبي في «الاعتصام» عشرة أمثلة استحسانية واستصلاحية من فقه الصحابة والتابعين، واستنتج منها ثلاثة قيود يعتبرها المالكية شرائط للمصلحة التي يُعمل بها. وتلك القيود هي:

١ ـ التلاؤم بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من دلائله.

٢ ـ أن يكون تقدير المصلحة في الأمور ذات المناسبات المعقولة المؤسسة شرعاً على رعاية المصالح، فلا مدخل فيه للتعبدات وما جرى مجراها من الأمور الشرعية.

٣ ـ أن يكون حاصل المصلحة المرسلة إنما يرجع إلى حفظ أمر ضروري شرعاً أو رفع حرج في الدين، فتكون من باب «ما لا يتم الواجب إلا به» (انظر «الاعتصام» ج ٢ ص/٣٠٧ ـ ٣١٥).

ومن هنا يلوح لنا وجه الاتفاق بين المذهبين الحنفي والمالكي في نظرية الاستصلاح، فالفكرة فيهما واحدة، ولكن المذهب المالكي، لتأخّره عن الحنفي في التاريخ، تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسلة وشرائطها، فبرزت فيه واشتهر بها.

وقد أوضح الإمام الشاطبي في كتابيه «الموافقات» و«الاعتصام»، وكذا غيره من الفقهاء الأصوليين النظار، أن أحكام الشريعة قسمان:

الأول) ـ ما يتعلق بشؤون الآخرة، وهو العبادات.

الثاني) ـ ما يتعلق بتنظيم شؤون الدنيا وهو ما سوى العبادات من الأمور العادية والتعاملية ونحوها.

ـ فالقسم الأول: أي العبادات، لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها، وإنما الأمر فيه مبنيّ على الاتّباع التعبدي.

ـ وأما القسم الثاني: وهو الذي يتكون منه تشريع النظم العملية، فإنه معلل بمصالح العباد، ومرتبط بالمعاني المصلحية في هذه الحياة كما تفيده نصوص الشريعة نفسها. وقد توسع الإمام مالك رضي الله عنه في النظر إلى تلك العلل والمعاني المصلحية في هذا القسم، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة وبالاستحسان، وثبت عنه أنه قال: «الاستحسان تسعة أعشار العلم» (ر: الموافقات ج ٢ ص ٣٠٧).

٣٨ – ملاحظة:

هناك من يرى من الأساتذة المحققين المعاصرين: «أن الحنفية كالشافعية لا يعتمدون المصالح المرسلة، وليس لها في الاستدلال عندهم اعتبار، وإن كان الاستحسان عند الحنفية يفتح باباً قليلاً لها». (ر: كتاب «ابن حنبل» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص/٣٠٣) وقد سبق إلى مثل هذا الرأي الآمدي في كتابه «الإحكام».

ولكننا لا نرى هذا الرأي. فالحقيقة بالنسبة إلى الحنفية واضحة بخلافه، وإن كانت بالنسبة إلى الشافعية محل شبهة. وسنجلو هذه الشبهة بالنسبة إلى الشافعية أيضاً ونحرر حقيقة موقفهم من الاستحسان والاستصلاح وإن خالفتها ظواهر عناوينهم.

أما الحنفية فهم متفقون في الفكرة مع المالكية تماماً منذ البداية كما أوضحناه آنفاً.

فقد اتضح مما تقدم أن الاجتهاد الحنفي قد وطد دعائم نظرية الاستحسان الذي هو كما رأينا خروج عن النظائر والقواعد القياسية العامة لوجهة أقوى، أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة، وأكثر أبو حنيفة من الاستحسان في مختلف المسائل وجعل منه طريقاً معبَّدة.

قال تلميذه وصاحبه الإمام محمد بن الحسن الشيباني: «إن أصحاب أبي حنيفة كانوا إذا قاس ينازعونه المقاييس. فإذا قال: **أستحسن**، لم يلحق به أحد»[1] أي لما امتاز به رحمه الله تعالى ورضي عنه من دقة في الملاحظة، وبراعة في التقاط الفوارق الدقيقة بين المسائل المتشابهة في الظاهر، تلك الفوارق التي توجب قطع المسألة عن نظائرها القياسية وإعطاءها حكماً استثنائياً استحساناً.

فإذا كان الحنفية يقولون باعتبار المصلحة، والخروج لأجلها استحساناً عن طريق القواعد القياسية إذا عارضتها، فإنهم يوجبون اعتبار المصلحة المرسلة وبناء الأحكام على مقتضاها بطريق الأولوية عندما لا تعارضها القواعد القياسية،

---

(١) انظر كتاب «أبو حنيفة» للأستاذ العلامة الشيخ محمد أبي زهرة، الفقرة /١٧٢.

الاستصلاح كما تقدم في الفرق بين الاستحسان والاستصلاح.

وهذا هو معنى

فلا يعقل أن من يقول بالاستحسان لا يقول بالاستصلاح لأن الاستحسان هو نهاية الشوط، فمن بلغها فقد اجتاز ما دونها حتماً (ر: المدخل إلى علم أصول الفقه للأستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص/٢١٤ و٢٨٧ ــ ٢٨٨ الطبعة الثانية).

ولعل سبب هذا الاشتباه هو أن اسم المصالح المرسلة قد ظهر وشاع في اصطلاح الحنفية، واختلاف الاسم كان مدعاة لهذا الاشتباه والظن.

فالفرق في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع إنما هو مجرد اختلاف في الاصطلاح. وإن التمثيل الصحيح في نظرنا بين المذهبين الحنفي والمالكي في هذا الموضوع هو أن النظر إلى المصالح في بناء الأحكام الشرعية نظير طريق أحد رأسيه الاستحسان، والآخر الاستصلاح بالمعنى المشروح فيهما: فالمذهب الحنفي دخل من باب الاستحسان إلى الاستصلاح، والمالكي بالعكس، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه.

٢ ــ مذهب الشافعية

٣٩ ــ ظهر الاجتهاد الشافعي بإنكار نظرتي الاستحسان والاستصلاح، بحجة أن الشريعة قد تكفّلت ببيان كل ما يحتاج الإنسان إلى معرفته: إما بالنص الصريح في الكتاب والسنة، أو بالإشارة، أو بطريق القياس المشروع، وأن الاستحسان لا ضابط له ولا مقياس يقاس به الحق من الباطل. فلو جاز لكل مفتٍ أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن لأصبح الأمر فرطاً.

وقد عقد الإمام الشافعي في كتاب «الأم» بحثاً خاصاً سماه «كتاب إبطال الاستحسان»[1].

---

(١) يلاحظ أن الاستحسان في تعبير الشافعي يشمل ما يسمى في العرف الفقهي بالمصالح المرسلة والاستحسان عند الحنفية والمالكية (ر: كتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة القسم الثاني ف/١٨٨ الحاشية، وكتابه «الشافعي» أيضاً ص/١٢١ الطبعة الأولى).

ويقول الشافعي فيما يؤثَر عنه: «ليس للمجتهد أن يشرع، ومن استحسن فقد شرع»(1). أي إن مهمة المجتهد هي أن يقرر أحكام الشريعة، لا أن يشرع من عنده، فإذا لجأ إلى الاستحسان فقد تولى التشريع.

والواقع أن موقف الإمام الشافعي من الاستحسان والاستصلاح مشتبه غير واضح، ولذا اضطرب كلام فقهاء مذهبه من بعده في هذا الموضوع.

فقد هاجم الإمام الشافعي الاستحسان والاستحسانيين في بحث «إبطال الاستحسان» من كتابه «الأم» مهاجمة لا هوادة فيها. (والاستحسان كان إذ ذاك هو الاسم الشائع في طريقة أبي حنيفة والشامل لما سُمِّي بعد ذلك بالاستصلاح والمصالح المرسلة).

وهو يرى أن القول بالاستحسان يستلزم اعتبار أن الله تعالى ترك بعض مصالح خلقه فلم يشرع من الأحكام ما يحققها لهم أو يحفظها عليهم. وهذا ينافي قوله تعالى: ﴿أيحسب الإنسان أن يُترك سدى﴾ وقوله: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾.

ويقول الشافعي: (فليس تنزِلُ بالإنسان نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة).

غير أن كلامه هذا يفيد أن مقصوده بالاستحسان الذي ينكره إنما هو المنظور فيه إلى مصلحة ليس لها شاهد من الشرع ولو جملة، وهي التي وصفها الغزالي في المستصفى (وهو يحددها ويعدها من الأصول الموهومة) بأنها «كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود مفهوم من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع».

وواضح أن ما كان من هذا القبيل فهو من الهوى والتشهي المنافي لمقاصد الشرع وليس من المصالح المرسلة بالمعنى الذي يقصده الاستصلاحيون

---

(1) انظر المستصفى للغزالي في أول بحث الاستحسان وآخر بحث الاستصلاح ج ١ ص ١٣٧ و ١٤٤.

والاستحسانيون، ذلك المعنى الذي سبق شرحه والذي ضبطوه بقيود وحدود تجعله محققاً لمقاصد الشرع وقواعده المستفادة من شتى النصوص والدلائل الشرعية. وهم يرون بذلك أنهم إنما يسلكون طريقاً فتحته لهم الشريعة بل أوجبته عليهم، فإن لم يسلكوه انحرفت الأحكام عن الاتجاهات التي وجّه إليها الشارع، ولم تتحقق بها الغايات الشرعية.

وهكذا يلحظ أن كلام الإمام الشافعي في الاستحسان والمصالح لا تتمشى مضامينه مع عناوينه في العموم والإطلاق. فإذا نظرنا إلى المضمون نجد أن الخلاف يكاد ينحصر في التسمية والاصطلاح لا في حقيقة الاستحسان والاستصلاح.

رأي الجويني إمام الحرمين:

٤٠ ــ ثم جاء أبو المعالي عبد الملك بن محمد الجويني المعروف بإمام الحرمين من كبار رجال المذهب الشافعي (٠٠٠ ــ ٤٧٨هـ) فقرر، في كلامه على مذاهب الفقهاء في الاستدلال، ما يُستفاد منه أن موقف الشافعي من الاستصلاح هو إيجابي كموقف أبي حنيفة وأصحابه، حيث يصرح الجويني في كتابه «البرهان في أصول الفقه» بقوله: «وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى اعتماد الاستدلال وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل...» ثم يقول: «والمذهب الثالث ــ وهو المدوَّن من مذهب الشافعي ــ التمسك بالمعنى وإن لم يستند إلى أصل على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة» ويقول أيضاً: «ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة فإن عدمها التفت إلى أقرب الأصول شبهاً بها»[1].

ويُلحظ هنا أن كلمة «الاستدلال» في كلام الجويني معناها في اصطلاحهم

---

(١) ر: رسالة «المصلحة في التشريع الإسلامي» للأستاذ مصطفى زيد، الطبعة الأولى طبعة دار الفكر العربي، الفقرة ٣٣ ص/٤٠ نقلاً عن البرهان للجويني (نسخة مخطوطة مصورة بدار الكتب المصرية رقم/٧١٤ أصول الفقه الورقة/٣٣١).

نظير الاستصلاح، وقد يقولون «الاستدلال المرسل» كما أن «المعاني المرسلة» يُراد بها المصالح المرسلة، وقد يقولون المناسب المرسل(١).

وواضح من كلام الجويني أن الإمام الشافعي يشترط في اعتبار المصلحة المرسلة أن تكون قريبة من معاني الأصول الثابتة. وهذا ما يقول به الاستصلاحيون أنفسهم. فهو اشتراط يُؤكد حقيقتها واعتبارها ولا يخرج فرداً من أفرادها، فكأنما هو اشتراط شارح للمصلحة لا مخصص لها(٢).

رأي الغزالي:

٤١ — ثم جاء الغزالي من الشافعية (٠٠٠ — ٥٠٥هـ) فتكلم عن الاستحسان والاستصلاح في كتابه «المستصفى» كلاماً كذلك لا تتمشى مضامينه مع عناوينه.

فقد عقد بحثاً للأدلة الموهومة، وذكر فيه الاستحسان والاستصلاح من جملتها، لكن مجموع كلامه فيه إذا جمع القارىء المدقق بعضه إلى بعض ووفّق بين أجزائه يخرج منه بنتيجة لا تقبل الريب هي أنه يُقرّ مبدأ الاستحسان والاستصلاح حجة في إثبات الأحكام، بل يرتقي إلى درجة تخصيص نصوص الكتاب والسنة بالمصلحة المرسلة، ولكنه يشترط في المصلحة ثلاث شرائط لتكون حجة معتبرة. وتلك الشرائط الثلاث هي:

---

(١) ر: رسالة «المصلحة» أيضاً للأستاذ مصطفى زيد الفقرات ٢٣ ــ ٢٧.
ويقول القرافي من المالكية في كتابه «تنقيح الفصول»: «المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار (أي بإبداء دليل قياسي خاص تقاس عليه) بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة». (ر: تنقيح الفصول للقرافي ج ٢ ص ١٩٩ ــ ٢٠٠).
وانظر التعبير بالاستدلال المعتبر في كلام العز بن عبد السلام الذي سننقله عند عرض رأيه بعد رأي الغزالي الآتي.

(٢) رسالة «المصلحة» أيضاً للأستاذ مصطفى زيد، الفقرة / ٣٣.

١ - أن تكون المصلحة ضرورية (وقد قسم المصالح إلى الأنواع الثلاثة التي أسلفنا بيانها وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات).

٢ - وأن تكون قطعية (أي لا بد منها للوصول إلى تحقيق الغاية الشرعية الضرورية التي تتحقق بها قطعاً لا احتمالاً وظناً).

٣ - وأن تكون كلية (أي عامة بحيث يتوقف عليها دفع ضرر شامل لجماعة المسلمين لا لفرد أو أفراد بأعيانهم).

فما توافرت فيه هذه الشرائط الثلاث من المصالح فهو حجة كافية للحكم الذي يستوجبه «وإن لم يشهد له أصل شرعي معين».

وقد ضرب الغزالي مثالاً لما استوفى الشرائط من المصالح بالمسألة المعروفة بمسألة التترّس أو مسألة الترس، وهي ما لو زحف العدو على المسلمين مترساً بأسراهم ليمنع المسلمين من الضرب حرصاً على أسراهم.

ويقرر الغزالي أن الضرب في هذه الحال مصلحة ضرورية قطعية كلية فهو واجب وإن ذهب ضحيته أسرى المسلمين المعصومة دماؤهم بالنص القرآني، لأننا إن لم نضرب فسيظفر الأعداء بنا ثم يقتلون أسرانا، فالأسرى مقتولون على كل حال.

«أما الأمور الواقعة في الرتبتين الأخريين (الحاجيات والتحسينيات) فلا يجوز الحكم بمجرد المصلحة فيها إن لم يعتضد بشهادة أصل شرعي، فإن اعتضد بشهادة أصل فذلك قياس».

ومعنى هذا الكلام أن الغزالي يجاري الاستحسانيين في المصلحة في رتبة الضروريات. أما ما كانت في رتبة الحاجيات والتحسينيات فيتطلب فيها توافر عناصر القياس ويردها إليه.

ولكن الغزالي يعود فيلحظ ما يتراءى من التناقض بين عدّه الاستحسان والاستصلاح من الأصول الموهومة، وتسليمه باعتبار هذا النوع من المصالح الضرورية حجة شرعية كافية، فيجيب عن ذلك بما خلاصته:

«إن هذا النوع المعتبر من الضروريات ليس أصلاً زائداً لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع. وهذه المقاصد معروفة بالكتاب والسنة والإجماع فما سواها هو أصل موهوم. وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليست خارجة من هذه الأصول، ولا تسمى قياساً بل: مصلحة مرسلة، لأن القياس أصل معين، ومقاصد الشرع عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة. . . فإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها وإنما يكون الخلاف حينئذ عند تعارض مصلحتين ومقصودين لترجيح الأقوى»(١).

على أن الغزالي من الشافعية بعد أن ذكر في «المستصفى» مسألة الترس أورد مسائل أخرى هي دونها في الضرورة، كجواز ضرب المتهم في الاستنطاق إذا كان مظنة قبل ثبوت الجُرم عليه، وكقتل الزنديق المتستر إذا ثبتت زندقته وإن أظهر التوبة ونطق بالشهادة، لأنه يُظهرها تقية ويراها عين الزندقة، فلا تدل على حقيقة التوبة، مع أن النبي عليه الصلاة والسلام أعلن أن «من قال لا إله إلا الله فقد عصم دمه وماله إلا بحقه وحسابه على الله». وقد ناقش الغزالي هاتين المسألتين وسواهما وسلم فيهما بجواز هذه التدابير المصلحية بمقتضى السياسة الشرعية ثم قال:

«فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم، وذلك لا ينكره أحد».

فأقر الغزالي كما ترى تخصيص عموم النص بالمصلحة، بل اعتبره محل اتفاق. والمتأمل في هذا الكلام يراه لا يختلف شيئاً من حيث المآل والنتيجة عن كلام الشارحين لقاعدة الاستحسان والمصالح المرسلة من رجال المذاهب المشتهرة بها، مثل كلام الشاطبي في كتابيه «الموافقات» و«الاعتصام» وكلام القرافي من المالكية، وكلام الحنفية في شرح طريقتهم في الاستحسان في كتب أصولهم وفروعهم.

---

(١) ر: المستصفى ج ١ ص ١٦١ وما بعدها، طبعة المكتبة التجارية.

ومن ثم يظهر للباحث المحقق أن الشرائط الثلاث التي اشترطها الغزالي في المصلحة المرسلة لتكون حجة (وهي كونها ضرورية قطعية كلية) إنما هي في الحقيقة «شرائط لتقديم المصلحة المرسلة على النص عند الغزالي، وليست في نظره شرائط لمجرد اعتبار هذه المصلحة، كما يتضح من مجموع كلامه ومن أمثلته كمسألة الترس وسواها»[1].

فإذا اعتبرنا كلام الغزالي ورأيه إيضاحاً وتفصيلاً لرأي الإمام الشافعي وموقفه الحقيقي من الاستحسان والاستصلاح، وليس خروجاً عنه، كان الخلاف الشافعي في الاستحسان والاستصلاح إنما هو خلاف في التسمية والاصطلاح أو في بعض الحدود والقيود فقط، لا في الأصل.

رأي العز بن عبد السلام:

٤٢ ــ ثم يأتي عز الدين بن عبد السلام الشافعي فقيه النفس المجاهد الهمام فيقرر منهجاً يعتبر ثمرات تفريعه على ما قرره الجويني من منهج الإمام الشافعي في الاستدلال فيقول العز بن عبد السلام في كتابه «قواعد الأحكام»:

«لو عمّ الحرام في بلدة بحيث لا يوجد فيها حلال جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورة، لأنه لو وقف عليها لأدّى إلى ضعف العباد واستيلاء الكفار وأهل العناد على بلاد الإسلام، ولا ينقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالح الأنام...» ثم يقول: «ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص و قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك... ولو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقّه وجلّه، وزجر عن كل شرٍ دقّه وجله، فإن الخير يعبر به عن جلب المصالح ودرء المفاسد، فقد قال تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً

---

(١) ر: رسالة «المصلحة في التشريع الإسلامي، ونجم الدين الطوفي» للأستاذ مصطفى زيد، الطبعة الأولى طبعة دار الفكر العربي، الفقرة ٣٤ ص/٤١.

يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾، وقال: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان...﴾. الآية، وإن الإحسان إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة»[1].

وقد صرح ابن عبد السلام في فصل بيان أدلة الأحكام من كتابه هذا بأن الأدلة الشرعية للأحكام خمسة هي: «الكتاب والسنة والإجماع والقياس الصحيح والاستدلال المعتبر»[2] فزاد على المصادر الأربعة الأساسية المعروفة ما سماه «الاستدلال المعتبر» وليس هذا بعد القياس الصحيح سوى قاعدة الاستحسان والاستصلاح فيما لا نص عليه، لا سيما إذا نظرنا إلى كلامه الآخر الذي نقلنا منه آنفاً ما نقلنا.

ولكننا رغم ذلك نجد العز بن عبد السلام نفسه في (فصل من تجب ومن لا تجوز طاعته) يكرر ذكر هذه المصادر الخمسة لأحكام الشرع ويؤكدها ثم يفرّع عليها قوله:

«فليس لأحد أن يستحسن ولا أن يستعمل مصلحة مرسلة، ولا أن يقلّد أحداً لم يؤمر بتقليده»[3].

فكيف نجمع بين كل ما تقدم نقله من كلامه، وبين تصريحه بمنع الاستحسان واستعمال المصلحة المرسلة؟ لا شك أنه إنما يريد هنا بالاستحسان والمصلحة المرسلة الآراء الكيفية التي هي من قبيل الهوى والتشهي وليست مستندة إلى مقاييس المصالح التي دلت عليها دلائل الشريعة. فيكون تعبيره هنا بالاستحسان والمصلحة المرسلة مجرد مجاراة لإمامه الشافعي في العنوان حيث عقد الشافعي بحثاً في كتاب «الأم» بعنوان (كتاب إبطال الاستحسان) ولكنه في تحقيق الموقف شرح روح كلام الإمام الشافعي وبيّن مراده فلم يخرج عما يقوله الاستحسانيون، نظير ما فعل الغزالي تماماً في «المستصفى»، فدلَّ بذلك على أن

---

(١) قواعد الأحكام ج ٢ ص/١٨١ ــ ١٨٢.

(٢) القواعد نفسها ج ٢ ص/٤٦.

(٣) القواعد نفسها ج ٢ ص/١٥٢.

الاستحسان الذي يحاربه الشافعي ويهاجمه هو غير الاستحسان والاستصلاح الذي يقول به الاستحسانيون.

فخلاف الشافعية كما سبق أن قلنا ـ أو على الأقل: رأي كبار فقهاء المذهب بعد إمامه ـ أشبه أن يكون خلافاً لفظياً في التسمية والاصطلاح. وهذا خير من الحكم على هؤلاء الجهابذة بالتناقض في أجزاء كلامهم. على أن من المستبعد الحكم بأن أقطاب المذهب الشافعي خالفوا إمامهم في أمر أساسي من أصول مذهبه مع احتمال كلامه للمعاني التي بسطوها(1).

كلام غريب للآمدي من الشافعية:

٤٣ ـ ولكن علياً الآمدي سيف الدين أبا الحسن من كبار فقهاء الشافعية وأصوليِّيهم (٠٠٠ ـ ٦٣١هـ) قد أتى بقول غريب جداً في المصلحة المرسلة إذ يقول في كتابه «الإحكام في أصول الأحكام» ـ ج ٤ ص ٢١٦ ـ ما نصه:

«قد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك بها ـ المصلحة ـ وهو الحق إلا ما نقل عن مالك أنه يقول بها مع إنكار أصحابه لذلك عنه. ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً».

وأغرب من ذلك تصريح ابن الحاجب المالكي بأن الإمام مالكاً لم يعتد بالمصلحة المرسلة؟!!(2).

---

(١) انظر في الصفحة/ ٦٠ ـ ٦١ من «الأشباه والنظائر» للسيوطي طائفة من المسائل التي أفتى فيها الشافعية بأحكام لم يستندوا فيها إلى نص أو إجماع أو قياس بل إلى مجرد المصلحة. وفي «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام، وفي «الأحكام السلطانية» للماوردي شيء كثير من هذه الفروع أيضاً.

(٢) نقل ذلك الأستاذ مصطفى زيد عن شرح مختصر المنتهى لابن الحاجب وحواشيه ج ٢ ص/ ٢٨٩ (ر: رسالة «المصلحة في التشريع الإسلامي» للأستاذ مصطفى زيد الفقرة ٤٦ ص/ ٤٩).

ولا شك أن هذا الزعم غير مبني على تثبت وهو خلاف الواقع المشهور. وبعد ما سبق نقله عن أئمة المذهبين المالكي والشافعي لا يحتاج هذا الزعم إلى مناقشة تفنيد، بل هو واضح الرد.

٣ ـ الاجتهاد الحنبلي

٤٤ ـ ثم جاء الاجتهاد الحنبلي فنحا منحى الاجتهاد المالكي في اعتبار المصالح أصلاً يُعتمد عليه في تقرير الأحكام.

ففي هذا الاجتهاد يستطيع الفقيه أن يحكم بأن كل عمل فيه مصلحة غالبة يُطلب شرعاً من غير أن يحتاج إلى شاهد خاص من نصوص الشرع لهذا النوع. وكل أمر ضرره وإثمه أكبر من نفعه فهو منهيّ عنه من غير أن يحتاج إلى نص خاص.

ومن مشهور عبارات ابن القيم قوله: «فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأيّ طريقٍ كان فثَمّ شرع الله ودينه...»(١).

ورويت عن الإمام أحمد وفقهاء مذهبه فتاوى كثيرة في مختلف الشؤون بُنيت على المصلحة وحدها (انظر: رسالة «المصلحة» للأستاذ مصطفى زيد ف/٥٧ ـ ٥٩ نقلاً عن المغني لابن قدامة ج ٦ ص/١٠٧ طبعة المنار، والطرق الحكمية لابن القيم ص / ٢٢٣ ـ ٢٣٩، و «ابن حنبل» للأستاذ أبي زهرة ص/٣٠١). وبالرجوع إلى هذه المصادر والأمثلة التي فيها (ومعظمها مما أفتى به أيضاً رجال المذاهب الثلاثة الأخرى) يتضح أن الحنابلة كالمالكية في الأخذ بقاعدة المصالح المرسلة وقيودها عند عدم النص.

لكن الحنابلة، على التحقيق، لا يعتبرون المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً بذاته كما يعتبرها المالكية، بل يراها الحنابلة ضرباً من ضروب القياس تابعة له وهي في مرتبته اعتباراً

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم، ص ١٤.

(ر: كتاب «ابن حنبل» للأستاذ أبي زهرة أيضاً ص / ٣٠٣ الطبعة الأولى). فكأنما القياس عند الحنابلة نوعان: قياس خاص وهو الذي تجمع فيه بين النظيرين علة معيّنة، وقياس عام وهو الذي تندرج فيه المسائل تحت علة عامة هي الحكمة أو المصلحة. وبعض الشافعية أيضاً يظهر من كلامهم مثل هذا الاتجاه في تقسيم القياس واعتبار الأحكام المصلحية من قبيل القياس العام (انظر: «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام الشافعي ج ٢ ص/١٨١).

ولعل الإمام الشافعي يقصد هذا التقسيم نفسه في القياس إذ يقول في رسالة الأصول:

«القياس من وجهين: أحدهما ــ أن يكون الشيء في معنى الأصل، فلا يختلف القياس فيه. والثاني ــ أن يكون الشيء له في الأصول أشباه، فذلك يلحق بأَوْلاها به وأكثرها شبهاً فيه» (ر: رسالة الأصول للشافعي ص ٤٧٩ طبعة مطبعة البابي الحلبي، ورسالة «المصلحة» للأستاذ مصطفى زيد الفقرتين ٣٥ و ٥٩).

رأي الطوفي:

٤٥ ــ وقد بالغ نجم الدين سليمان الطوفي من الحنابلة وغالى في اعتبار المصلحة فجعلها مقدَّمة على النصوص القطعية إذا عارضتها[1]. وهذا رأي

---

(١) نقل ذلك الأستاذ المحقق الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «مالك»: الذي أصدره سنة ١٣٦٥هـ، وعدّ فيه الطوفي من الحنابلة كما في طبقاتهم، ولكنه استغرب أن يكون رأيه حنبلياً.

ثم لما أخرج الأستاذ أبو زهرة كتابه «ابن حنبل» حقق فيه، بالاستناد إلى رأي ابن رجب في «طبقات الحنابلة» أن الطوفي شيعي وأنه استوحى رأيه هذا من مذهب الشيعة الإمامية في النسخ.

لكن الأستاذ عبد الحسين شرف الدين من علماء الشيعة الإمامية في جبل عامل كتب مقالة في مجلة العرفان (عدد رجب ١٣٧٣هـ) يبرىء فيه مذهب الإمامية من رأي الطوفي ويعده من الغلاة (ر: «المدخل في أصول الفقه» للزميل الأستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص ٢١٦ ــ ٢١٧ الطبعة الثانية). =

ثم أصدر الأستاذ مصطفى زيد رسالته «المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي» فحقق فيها بأدلة قوية وبالاستناد إلى تتبع مراحل حياته أن الطوفي لم يكن شيعياً، بل هذه تهمة أُلصقت به كيداً لأنه كان حرَّ الفكر جريء الرأي، فخالف أستاذه القاضي الحنبلي سعد الدين الحارثي في مصر في بعض ما قرره في دروسه مخالفةً اعتُبرت أنها إساءة أدب، وفُسِّرت بالتشيع، واستُخدم نفوذ الحكام لإيذائه بهذه التهمة.

وقد يؤيد تحقيق الأستاذ مصطفى زيد أن الشيعة الإمامية يرفضون قاعدة المصالح كما سنرى، بينما الطوفي يغلو فيها.

هذا، وقد بلغني أخيراً قبيل نشر هذا البحث أن للطوفي كتاباً في أصول الفقه الحنبلي كان غير شائع وظهراً مؤخراً (ولم أطلع عليه) اسمه: «البلبل» في أصول مذهب ابن حنبل، وهو مختصر من كتاب لابن قدامة المقدسي، وأن الطوفي تكلم في بلبله هذا على شروط المصلحة المرسلة، وقرر بصراحة أنها لا يجوز أن تخالف النص القطعي.

وعندئذ قد يكون ما نقل عنه من تقديم المصلحة على النص القطعي عند التعارض رأياً سابقاً له رجع عنه، أو أنه أسيء فهم كلامه، أو أنه هو قد أساء التعبير عن مراده، وإنما كان مراده حالات الضرورة الملجئة لدفع ضرر عام، كما في مسألة الترس السالفة البيان عن الإمام الغزالي، توفيقاً مع صريح رأيه في كتابه المذكور «البلبل». وقد يكون هذا التوفيق أفضل وأولى، إلا إذا كان شرحه على الأحاديث الأربعين ــ حيث بسط رأيه الشاذ المنكر ــ هو المتأخر.

ولا بدَّ هنا من الإشارة إلى أن الزميل الدكتور الأستاذ المحقق الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي حفظه الله ــ بعد أن فنَّد رأي الطوفي هذا في المصلحة تفنيداً بردٍّ واف وأدلة مفحمة لا تنهض أمامها حجة، وذلك في كتابه القيم (ضوابط المصلحة) ــ نقل عن أئمة العلم الثقات، وقرر أن الطوفي كان حنبلياً ثم تشيع وصار من غلاة الرافضة، ونقل له شعراً شنيعاً في الرفض، كما نقل من شعره أنه قال عن نفسه:

أَشعريٌّ حنبلي ظاهري ... رافضيٌّ، هذه إحدى العبر!!

أقول: إذا صح ذلك عنه فهذه إحدى الكُبَر، لا إحدى العبر!! وقد نقل الدكتور البوطي أيضاً عن بعضهم أن الطوفي تاب عن الرفض. ولكن الدكتور البوطي يرى احتمالاً كبيراً في توبته ــ إذا صح نقلها ــ أن تكون من قبيل التقية المعروفة عند الشيعة لجأ إليها لما اشتد عليه النكير.

=

جداً ينافي جميع المذاهب الفقهية المعتبرة لا مذهب أحمد فقط، لأنه يؤدي إلى تعطيل النصوص التشريعية بنظر اجتهادي عقلي محض. ولو جاز أن تتقبل أمة من الأمم هذا الرأي على إطلاقه في تشريعها، وتسمح به لرجال الحقوق أو القضاء في اجتهادهم لسادت الفوضى في العمل بالشريعة والقانون. فمن تراءت له مصلحة النص التشريعي عمل به، ومن تصور أن المصلحة بخلافه نبذه. وفي ذلك منتهى الفوضى. وقد بسط الطوفي رأيه هذا وحججه فيه في شرحه للأحاديث الأربعين للإمام النووي تحت حديث: «لا ضرر ولا ضرار».

لذلك وجدنا أئمة فقهاء الشريعة الإسلامية مجمعين على رفض هذا الغلوّ، ورأينا أن الذين أخذوا بقاعدة الاستصلاح قد أقاموا في طريق تمييز المصلحة من المفسدة وتحديد حدودهما ضوابط كفيلة بهذا التمييز والتحديد، مستمدة من مقاصد الشرع العامة التي تسمى اليوم: **غرض الشارع**، وذلك لمنع الفوضى في الفهم والتقدير، لأن المصلحة والمفسدة يجب تحديدهما وفقاً لنظر الشرع واعتباره، لا للنظر الذاتي أو الفردي كما سلف بيانه.

وقد رأينا أيضاً أن طليعة تلك الضوابط التي أُقيمت لمنع الفوضى من طريق الاستصلاح أن تكون المصلحة المبني عليها الحكم **مصلحة مرسلة** أي لا يوجد في الشريعة نص عليها بعينها أو نوعها آمر أو ناهٍ، وأن يكون فيها دعم لإحدى الزمر الثلاث من الأحكام المنظمة للحياة الاجتماعية وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

فإذا عارض المصلحة نص شرعي فالعلماء عندئذ لا يرجحونها على النص

ويخلص القارىء مما حققه الأستاذ البوطي أن الرجل (الطوفي) كان جيد الحفظ سيىء الفهم، كما وصفه العلماء العارفون.

ويبدو لي أنه لسوء فهمه كان متحيراً مذبذباً لا يستقر على رأي. وهذا خير تفسير أراه فيما قيل بشأنه وما ثبت عنه ونقل، والله أعلم.

(وانظر للتفصيل: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص ٢٠٢ ـ ٢١٥).

ترجيحاً مطلقاً كما يريد الطوفي، بل لهم تجاهها موقف تفصيلي سنراه في بحث تعارض المصلحة مع النصوص.

هذا مقام الاستحسان والاستصلاح في هذه الاجتهادات الأربعة ولا شك أن الأخذ بالمنهاج الذي سلكه فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة يجعل الشريعة الإسلامية خصبة ثرية منتجة مشبعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان(١).

٤ ـ مذهب الزيدية

٤٦ ـ مذهب الزيدية في الفقه، يُعتبر لدى الباحثين، أقرب المذاهب إلى المذهب الحنفي.

وكذلك موقفهم في الاستحسان أقرب ما يكون إلى موقف الحنفية تقسيماً وترتيباً. فهو عندهم أيضاً عدول عن حكم القياس لموجب، وينقسم إلى أربعة أنواع كما عند الحنفية: الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة، واستحسان السنة، واستحسان الإجماع.

(أ) ويتفق رأيهم في الاستحسان القياسي واستحسان السنة مع رأي الحنفية تماماً، ويختلف قليلاً عنهم في النوعين الآخرين. فاستحسان القياس عندهم أيضاً هو ترجيح قياس خفي قوي على قياس ظاهر جلي لكنه أضعف علة وتأثيراً.

وهم يتركون القياس استحساناً لأجل مصلحة جزئية في المحل ولكنهم لا يسمون هذا الاستحسان ضرورة كما يقول الحنفية، بل يُلحقونه بالاستحسان القياسي فيعتبرون المصلحة الجزئية هي وجه القياس الخفي الأقوى، لأن المصلحة هي الوصف المناسب، وهي تصلح علة في القياس عندهم، فيكون بها التعارض مع العلة الخاصة.

---

(١) (ر: كتاب «مالك» للأستاذ أبي زهرة، القسم الثاني، ف ١٨٧ و ١٨٨).

(ب) وموقفهم هذا الإيجابي من الاستحسان قد استلزم، وبطريق الأولوية، أن يأخذوا بالمصلحة المرسلة التي لا يوجد ما يعارضها شرعاً من نص أو قياس. ولكن المصلحة المرسلة عندهم ليست أصلاً مستقلاً، بل يُلحقونها بالقياس لأن العلة المؤثرة في القياس (وهي التي تسمى «المناسب») من أنواعها ما يُسمى «المناسب المرسل أو المناسب الغريب» وهو المصلحة المرسلة عند غيرهم.

وهذا كما ترى يشبه رأي من يقسمون القياس إلى قياس خاص وقياس عام (كما تقدم بيانه في الكلام على رأي الحنابلة في المصالح).

والزيدية يقيدون المناسب المرسل بنظير ما يقيِّد به المالكية المصلحة المرسلة. فيشترطون في المناسب المرسل شريطتين:

١ ـ أن يكون ملائماً للمقاصد الشرعية، أي غير غريب عنها. وذلك بأن تكون المصلحة فيه مما ورد فيها عن الشارع اعتبار جنسها، كحماية المسلمين في مسألة الترس التي تقدم ذكرها في عرض رأي الإمام الغزالي. ومن ذلك عندهم أيضاً قتل المفسدين والزنادقة الذين يضلِّلون الناس في عقيدتهم.

٢ ـ أن لا يكون ملغى. والملغى عندهم هو الذي، رغم معقوليته في الظاهر، قد ورد النص بخلافه وأهدر الشارع اعتباره، كفتوى بعض العلماء لأحد الملوك الذي واقع في نهار رمضان بأن كفارته الصيام بحجة أن المصلحة إنما هي في صيامه، وذلك لسهولة الإعتاق عليه مما يسهل عليه معه التكرار. فهذا مناسب ملغى مردود شرعاً لأن الله تعالى جعل أول درجة في الكفارة إعتاق رقبة لمن يجد.

أقول: ويمكننا التمثيل للملغى أيضاً بتوهم المصلحة في استثناء المرأة من وجوب العدة إذا توفي زوجها وهو غائب أكثر من أقصى مدة للحمل. فهذا قد تتراءى فيه معقولية ولكن الشارع أهدرها وأوجب العدة بوجه عام يشملها لاعتبارات عديدة.

والزيدية متفقون مع الحنفية في قاعدة «إن درء المفاسد مقدَّم على جلب

المصالح». ومن فروع ذلك عندهم منع الزواج على الرجل الذي يثبت أنه لا أرب له في النساء ويخشى على زوجته الفتنة إن تَزَوَّج.

والخلاصة أن المصلحة المرسلة عند الزيدية مقبولة على أنها ضرب من القياس بشرط أن تكون مناسباً ملائماً غير غريب ولا ملغى، فتكون عندئذ من قبيل ما أسميناه «القياس العام»[1].

هذا ويُرى في كتب فروع الفقه الزيدي ككتاب «البحر الزخّار» لأحمد بن يحيى بن المرتضى وغيره كثير من الأحكام الاستحسانية والاستصلاحية في مختلف الأبواب الفقهية.

٥ ـ مذهب الإباضية و (الخوارج)[2]

٤٧ ـ الإباضية ينسبون إلى شيخ مذهبهم عبد الله بن إباض (بكسر الهمزة) ت/٨٥ ـ ٨٦/هـ وقد أخذ العلم عن جابر بن زيد من كبار التابعين الذي تتلمذ على ابن عباس (رضي الله عنه)، وأخرج له الشيخان البخاري ومسلم في صحيحيهما، والإباضية يعتبرون مذهبهم من فقه جابر بن زيد.

وقد كان لابن إباض أول الأمر نزعة وصلة خوارجية مع نافع بن الأزرق. ثم انفصل عنه سياسياً، وانقطع للعلم واستقل بآرائه الفقهية. ومن ثم يعتبر بعض المعاصرين أن الإباضية من الخوارج[2]. ومذهب الإباضية يجري على رعاية المصالح المرسلة، وتعتبر في أصول فقههم من الأدلة الصحيحة.

---

(١) يُنظر في التفصيل والأمثلة كتاب «الإمام زيد» للأستاذ العلامة الشيخ محمد أبي زهرة، وهو الكتاب الوحيد الذي بحث في الإمام زيد ومذهبه والفقه الزيدي وأصوله (وكلها مخطوطة) بحثاً حديثاً مستقصياً. وعنه لخصنا رأي الزيدية في الاستحسان والاستصلاح، نقلاً عن كتاب «معيار العقول» وشرحه، في أصول الزيدية من مخطوطات دار الكتب الوطنية في القاهرة، مع إضافة مثال العدة فقط في المناسب الملغى من عندي.

(٢) الإباضية الموجودون اليوم في الجزائر وتونس وعُمان (بضم العين) يستنكرون وصفهم بالخوارج. لكن الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، رحمه الله، يصرّ على اعتبارهم من الخوارج. وقد عرفت فيهم علماء فضلاء جداً في علمهم وتقواهم، مثل الشيخ بيّوض بن إبراهيم كبير علمائهم في الجزائر رحمه الله.

يقول من علماء الأصول عندهم أبو محمد عبد الله بن حميد السالمي الإباضي في كتابه «طلعة الشمس» شرح الألفية المسماة «شمس الأصول» له أيضاً ما نصه:

«من الاستدلال: المصالح المرسلة، وهي عبارة عن وصف مناسب ترتبت عليه مصلحة العباد، واندفعت به عنهم مفسدة، لكن الشارع لم يعتبر ذلك الوصف بعينه ولا بجنسه في شيء من الأحكام، ولم يُعلم منه إلغاء له[1] وبذلك سمي مرسلاً، لأن المرسل في اللغة المطلق، فكأن هذا الوصف المناسب قد أُطلق عن الاعتبار والإهدار».

ويقول أيضاً في مكان آخر من الكتاب:

«وأنت إذا تأملت مذهب الأصحاب، رحمهم الله تعالى، وجدتهم يقبلون هذا النوع من المناسبة، ويعلِّلون به لما دل عليه مجملاً، أي وإن لم يدل دليل على اعتباره بعينه أو جنسه، فإن الأدلة الشرعية دالة على اعتبار المصالح مطلقاً كما في قوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامىٰ قل إصلاح لهم خير، وإن تخالطوهم فإخوانُكُم، والله يعلم المفسد من المصلح﴾. مع أن المقاصد الشرعية إنما اعتبرت المصالح جملةً وتفصيلاً، فينبغي إلحاق ما لم يُعلم اعتباره منها بما عُلم اعتباره، وذلك لعلمنا بمراعاة الأصلحية منه تعالى، تفضلاً على خلقه وتكرماً على عباده، لا وجوباً ولا إيجاباً[2]».

ثم يمثل المؤلف لبناء الأحكام على المصالح المرسلة عندهم ببعض الأمثلة، ويذكر أن كثيراً من الفروع مبنية عليه وأن للمالكية اهتماماً به.

---

(١) قارن بذلك تعبير الزيدية بالمناسب الملغى وهو المصلحة التي رغم معقوليتها الظاهرة أهدر الشارع اعتبارها كما تقدم.

(٢) رسالة «المصلحة» للأستاذ مصطفى زيد، الفقرة ٦٣ نقلاً عن الصفحتين ١٤٣ و ١٨٥ من الجزء الثاني من شرح «طلعة الشمس» على الألفية المذكورة من النسخة المطبوعة بمطبعة الموسوعات، والمحفوظة بدار الكتب الوطنية في القاهرة تحت رقم ٣٣ من أصول فقه النحل.

وجاء في كتاب «فصول الأصول» تأليف الشيخ خلفان بن جميل السيابي ما نصه:

«ومن الاستدلال الاستحسان. قال به أبو حنيفة والمعتزلة، وأنكره أكثر العلماء، وعَزَاه ابن الحاجب إلى الحنابلة، وردَّ المحلي حكايته عنهم. وفُسِّر بدليل ينقدح في ذهن المجتهد تقصر عنه عبارته. وفسره بعضهم بعدول عن قياس أوهَى إلى قياس أقوى منه. وبهذا المعنى لا خلاف في أن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعاً.

وبعضهم فسره **بالعدول عن الدليل إلى العادة للمصلحة**، كدخول الحمّام من غير تعيين زمن المكث وقدر الماء والأجرة، فإنه معتاد على خلاف الدليل للمصلحة...».

ثم قال: «وقال الشافعي من استحسن فقد شرع وذلك باطل. هذا ما نقلوه عن الشافعي، ومع ذلك فإنهم قد حكوا عنه العمل بالاستحسان... واعتذروا عنه بأنه إنما قاله لمآخذ فقهية مبينة في مواضعها. قلنا: وكذلك كل من قال به إنما قالوا لمآخذ فقهية أيضاً...».

ثم قال: «وفي فتاوى المذهب ـ أي الإباضي ـ ما يدل على الأخذ بالاستحسان عند كثير من علماء الأصحاب، والله أعلم». (الفصول ص **٣٥٤ ـ ٣٥٥**، طبعة وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عُمان ـ **١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م**).

أقول: أشرنا فيما سلف إلى أن من يقول بالاستحسان (وفيه مخالفة للقياس) يقول بالاستصلاح والمصالح المرسلة بمعيارها الشرعي، ولا مخالفة فيها لنص ولا قياس، وذلك بطريق الأولوية.

وجاء في كتاب «قاموس الشريعة» للعلامة جميل بن خميس السعدي نقلاً عن كتاب «بيان الشرع» ما يلي:

«وإن كانت الحادثة مما يجوز فيها القول بالرأي، وكّل الفقهاء فيه إلى

عقولهم واجتهاد رأيهم، مما ليس عليه نص من كتاب الله، ولا سنة ولا إجماع، جاز لكل منهم أن يجتهد رأيه ويتحرى الصواب في حكمها. فإذا اجتهد وناصح نفسه في حكم الحادثة، وغلب على ظن كل واحد أنه أصاب مراد الله تعالى في حكمها، وحكم له بذلك، حكم له بالثواب على اجتهاده ومبلغ علمه، ولا يجوز لهم تخطئة بعضهم لبعض. وهم بعد الاختلاف على ما كانوا عليه قبل الاختلاف عند بعضهم، والله أعلم.

واختلاف المسلمين في الفروع رحمة، وفي الأصول بلاء ونقمة، والله أعلم. (قاموس الشريعة ٢/٢٧ ـ طبعة وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان ـ ١٤٠٤هـ = ١٩٨٤م).

وواضح من تصوير ما يجوز فيه القول بالرأي... أنه يشمل عندهم قضايا الاستحسان والاستصلاح.

ومن هذا الكلام يتضح أن مذهب الإباضية موقفه من الاستصلاح إيجابي تماماً لا يختلف شيئاً عن المواقف الإيجابية منه في المذاهب الأربعة.

٦ ـ المذاهب ذات الموقف السلبي من الاستحسان والاستصلاح

مذهب الشيعة الإمامية:

٤٨ ـ الشيعة الإمامية يرفضون القياس فهم يرفضون الاستحسان والاستصلاح بطريق الأولوية. ذلك لأنهم يضعون تفسير أئمتهم واجتهادهم في مقام نصوص الشريعة نفسها بمقتضى أن الإمام معصوم عندهم عن المعاصي وعن الخطأ والنسيان، في الظاهر وفي الباطن، قبل إمامته وبعدها. فوجود الإمام المعصوم يُغني عن القياس لأن كلامه حجة بذاته لعصمته فلا يُسأل إذا حكم

حكماً من أين قلت هذا؟ فأصبح القياس بناءً على هذا أمراً باطلاً، وبدعاً في الدين[1].

يقول العلامة الشيخ محمد آل كاشف الغطاء في كتابه «أصل الشيعة وأصولها» ص ٩٤ ما نصه:

«أدلة الشرع منحصرة في الكتاب والسنة ثم العقل والإجماع، لا فرق في هذا بين الإمامية وغيرهم. نعم اختلف الإمامية عن غيرهم هنا في أمور: منها أن الإمامية لا تعمل بالقياس. وقد تواتر عن أئمتهم: «إن الشريعة إذا قيست مُحق الدين»... إلخ[2]. وهذا المنع عند الإمامية متفق عليه إذا كانت علة النص في المقيس عليه مستنبطة استنباطاً، لأنها عندئذ في نظرهم تحكم في تعليل نص الشارع. أما إذا كانت العلة منصوصاً عليها فقد اختلفوا في جواز تعدّيها بالقياس، وتعميم الحكم على كل موطن تتحقق فيه تلك العلة. والأرجح عندهم تعدّيها وتعميم الحكم على أساس أنه تطبيق للنص وليس قياساً. (انظر التفصيل والأمثلة في كتاب «الإمام الصادق» للأستاذ العلامة أبي زهرة، الفقرات ٤٠٦، ٤١٣).

ويقول الشيخ أبو القاسم ابن الحسن الجيلاني القمي في كتابه: «القوانين المحكمة» في الأصول، عن الاستحسان والاستصلاح ما نصه:

«قانون: مما يَستدل به العامة: الاستحسان والمصالح المرسلة.

أما الاستحسان: فقال به الحنفية والحنابلة وأنكره غيرهم. قال الشافعي: «من استحسن فقد شرع»... والحاصل أن الاستحسان هو ما يستحسنه

---

(١) انظر «محاضرات في أصول الفقه الجعفري» للأستاذ أبي زهرة، الفقرات (٢٩، ٣٩، ٤٠)، ورسالة «المصلحة» للأستاذ مصطفى زيد، الفقرة ٦٢.

(٢) ولعلّ من جملة العوامل في عدم أخذ الشيعة الإمامية بالقياس والمصالح المرسلة أن إجماع العترة من آل البيت (وهو الإجماع المعتبر عندهم) هو ميسور، فيستطيعون الوصول إلى ما فيه مصلحة عامة من طريق الإجماع (رسالة «المصلحة» للأستاذ مصطفى زيد، الفقرة ٦٢).

المجتهد بطبعه أو بعادته أو نحو ذلك من دون أمارة شرعية. وهو باطل لعدم الدليل عليه، ولأنه لا يفيد الظن بكونه حكماً شرعياً في الحقيقة، وللإجماع الإمامية وأخبارهم...

وأما المصالح المرسلة: فالمراد بالمصلحة دفع ضرر أو جلب منفعة للدين أو للدنيا.

والمصالح إما (معتبرة) في الشرع ولو بالحكم القطعي من العقل، من جهة إدراك مصلحة خالية عن المفسدة كحفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل؛ وإما (ملغاة) كإيجاب صيام الشهرين لأجل الكفارة على الغني حتماً لكونه أزجر له[1]. وإما (مرسلة) يعني لم يعتبرها الشارع[2] ولا ألغاها، وكانت راجحة وخالية عن المفسدة، وهو الرأي الذي ذهب إلى حجيته بعض العامة، ونفاها أصحابنا وأكثر العامة، وهو الحق لعدم الدليل على حجيته، ولأنا نرى الشارع ألغى بعضها واعتبر بعضها. فإلحاق المرسلة بأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجِّح...

احتجوا بأن عدم اعتبارها يؤدي إلى خلوّ وقائع عن الحكم، وهو باطل لما عرفت في حكم ما لا نص فيه.

ومن أمثلتها: ضرب المتهم بالسرقة محافظة على المال، ومنها فصد الحامل أو شربها الدواء إذا عُلم أنهما يوجبان شفاءها صح لشفائها وسقوط ولدها، فإنهما يوجبان إبقاء نفس وتركهما يوجب إتلاف نفسين.

ومن أمثلتها أن أهل الحرب إذا تترسوا بأسارى المسلمين فيجوز رميهم، وإن أدى إلى تلف الأسارى إذا عُلم أنهم إذا لم يرموا ظفروا على الإسلام. وإنما أفتى بجوازه أصحابنا لدليل خارجي ولذلك لا يجوز قتل من يُعلم من حاله أنه لو لم يقتل لأوجب تلف جماعة»[3].

---

(١) انظر ما تقدم عن المناسب الملغى في رأي الزيدية.

(٢) أي لم ينص على اعتبارها.

(٣) «قوانين الأصول» لأبي القاسم ابن الحسن الجيلاني، طبعة حجرية بدار الطباعة (عليقليخان) سنة ١٢٩٩هـ قبل مقصد النسخ.

هذا ما يقوله صاحب «القوانين المحكمة».

«ولكن عند تمحيص مذهب الإمامية الاثني عشرية يظهر أنهم يعتبرون المصلحة ولكنهم يدخلونها في الدليل العقلي لأن المصالح التي اعتبرها الإمام مالك بالشرائط التي قررها من وجوب أن يكون فيها دفع حرج وأن تكون ملائمة لمقصد الشارع لا يمكن أن يجافيها العقل. فهي داخلة في حكم العقل وتحسينه وتقبيحه. وهي عندئذ بمقتضى المذهب الإمامي الاثني عشري لا تعتبر مرسلة، لأنهم ما داموا قد جعلوا العقل حاكماً شرعاً حيث لا نص، فإن العقل يكون شاهداً لها، والمرسلة ما ليس لها شاهد من الأدلة بالاعتبار ولا بالإلغاء. فكل المصالح المعتبرة عند المالكية داخلة عندئذ في عموم سلطان العقل فالمصلحة التي يرفضونها هي التي لا يشهد لها العقل بحسن ولا بقبح»(١).

مذهب الظاهرية:

٤٩ ــ مذهب الظاهرية وموقفهم من الاستحسان والاستصلاح كمذهب الشيعة الإمامية، من حيث النتيجة وإن اختلفت البواعث الفكرية.

فالظاهرية أيضاً يرفضون القياس فكان من اللوازم الطبيعية أن يرفضوا الاستحسان والاستصلاح. ولكن عقيدة العصمة في الإمام عند الشيعة الإمامية

---

(١) كتاب «الإمام الصادق» للأستاذ أبي زهرة، الفقرة / ٤١٦ بتلخيص يسير.
هذا، وقبيل نشر هذا البحث الآن نشر الدكتور الأستاذ عبد العظيم الديب من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر بحثاً في حولية الكلية (العدد الخامس لسنة ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م) بعنوان: العقل عند الأصوليين، حقق فيه وأثبت بالنصوص المنقولة من كتب المعتزلة ومن كتب الشيعة الإمامية أن كلًّا من الفريقين متفق مع جمهور أئمة الإسلام أنه (لا حاكم إلا الله)، وأن العقل لا يعتبر عندهم أيضاً مصدراً منشئاً للأحكام الشرعية (كما يتوهم بعض الباحثين أو الناقلين بأن العقل عندهم حاكم حيث لا نص في مقابل حاكمية الله عز وجل)، وإنما العقل عندهم وفي أصولهم مجرد معرِّف وظيفته الإدراك، وليس الحاكمية، فهو يدرك الحسن والقبح في الأفعال، وهما المناط الذي يناط به ويبنى عليه الحكم الشرعي عند سكوت الشارع عن بيان حكمه فيها، أي عند عدم النص الشرعي.

كانت الباعث الأساسي على موقفهم السلبي من القياس والاستحسان والاستصلاح كما تقدم. أما الظاهرية فباعثهم على هذا الموقف هو حرفيتهم في النصوص وإهدارهم قيمة العقل تجاهها تماماً في معرفة مبانيها وعللها وارتباطها بغايات الشارع. ذلك لأن أساس الفقه عند الظاهرية هو عدم تعليل نصوص الشارع[1].

ويقول بعض الفقهاء: إن المذهب الظاهري تولّد من المذهب الشافعي لأن داود الظاهري كان تلميذاً للشافعي، ولأنه يتمسك بالألفاظ كما تمسك الشافعي، بيد أنه ينفي تعرّف عللها ومعانيها. ولقد سئل داود كيف خالف الشافعي في نفي القياس، فقال: أخذت أدلته في إبطال الاستحسان فوجدتها تفيد إبطال القياس[2].

ثامناً:

تعارض المصالح المرسلة مع نصوص الشريعة

٥٠ ــ رأينا فيما سلف من تعريف المصلحة وشرائطها أنها هي التي تتفق والمقاصد العامة للشريعة، دون أن يكون هناك نص شرعي عليها أو على ما يماثلها بحيث يمكن أن تقاس عليه.

فالمفروض إذن في الأمور والأحكام التي يبنيها الاجتهاد الفقهي على قاعدة المصالح أنه لا يوجد نص شرعي يأمر بها، أو يأمر بأمر تجمعها به علة مماثلة بحيث يمكن أن تقاس عليه. إذ لو كان مثل هذا النص موجوداً في الموضوع

---

(١) (ر: «كتاب الإمام الصادق» للأستاذ محمد أبي زهرة رحمه الله آخر بحث القياس).
والذين يرفضون القياس فريقان: (الأول) منع الاجتهاد بالرأي وأفرط في التوسعة في الاستصحاب، وهم الظاهرية. و (الثاني) قرر أن الاجتهاد يكون بالعقل المجرد عند عدم النص فما يراه العقل حسناً كان مطلوباً، وما يراه قبيحاً كان منهياً عنه شرعاً. (من المرجع نفسه، الفقرة ٤٠٨ باختصار).

(٢) (ر: «كتاب الإمام زيد» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، الفقرة / ٤١٤).

لكان الحكم المطلوب مضافاً إليه أو إلى القياس المبني عليه، لا إلى مجرد المصلحة التي أوجب الشرع الإسلامي رعايتها بوجه عام.

ولكن العكس ممكن التصور والوقوع وهو أن يعترض سبيل المصلحة المتفقة مع مقاصد الشريعة نص شرعي مانع فهل يعمل عندئذ بالنص دون المصلحة أو بالمصلحة دون النص؟ ما هو الموقف الفقهي في ذلك؟

إن النصوص الشرعية نوعان:

ـ نصوص خاصة ترد عن الشارع في مسائل وحالات معينة مخصوصة فتأمر بها أو تنهى عنها بخصوصها(١).

ـ ونصوص عامة ذات شمول وإحاطة يدخل تحت حكمها أمور وحالات وأفراد كثيرة متجانسة(٢).

ثم إن النص الشرعي قد يكون قطعياً في دلالته على المعنى المراد وفي ثبوت نقله عن الشارع، وقد يكون غير قطعي في إحدى هاتين الجهتين، أي الدلالة أو الثبوت(٣).

---

(١) كنهي النبي عليه السلام عن خِطبة الإنسان على خِطبة أخيه، أو سَوْمه على سوم أخيه. أي لا يجوز لأحد إذا رأى غيره يخطب امرأة للزواج، أو يساوم بائعاً على شيء ليشتريه منه، أن يأتي هو فيزاحمه على الخِطبة أو الشراء، بل عليه أن ينتظر، فإذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين تقدَّم هو للطلب.

(٢) كنهي النبي عليه السلام عن بيع الغَرَر (بفتحتين)، أي بيع الأشياء الاحتمالية غير المحقَّقة الوجود أو الحدود، لما فيه من مغامرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار، كبيع ضربة القانص أو الغائص، أي ما تستخرجه شبكة الصياد من سمك أو غوصة الغواص من لؤلؤ. فهذا نص عام يدخل تحته جميع أنواع الغرر.

(٣) ومن هذا القبيل، أي غير القطعي، جميع النصوص العامة في القرآن أو في السنة النبوية في نظر معظم أئمة الفقه الإسلامي (سوى قليل، منهم الحنفية) فإنها عند الجمهور غير قطعية الدلالة بسبب عمومها. وكذا نصوص الحديث النبوي الثابت برواية الآحاد ولو بطريق صحيحة، فإنها عندهم غير قطعية الثبوت بوجه عام ولو كانت قطعية الدلالة على المعنى المراد.

٥١ ـ (أ) فإذا كان النص قطعياً في دلالته وثبوته لا يتصور أن تعارضه مصلحة تقتضي خلافه، لأن معيار المصلحة هو النظر الشرعي. فما نظنه مصلحة بنظرنا الخاص، وهو معارض لنص قطعي، هو عندئذ مفسدة في نظر الشارع من وجوه أخرى راجحةً. فلا شك في لزوم العمل بالنص دون هذه المصلحة الموهومة.

وهذا متفق عليه بين أئمة فقهاء الشريعة (إلا بعض شذوذات فردية من أناس لا يعوَّل على مخالفتهم كسليمان الطوفي الحنبلي الذي شذَّ في هذا عن مذهب أحمد وأتباعه فقال بترجيح المصلحة على النص القطعي عند التعارض)(١).

مثال ذلك أن القرآن قد أوجب على المرأة المتزوجة عند انحلال الزواج بالطلاق أن تتربص (أي تنتظر دون زواج جديد) مدة ثلاثة أدوار طمثية إن كانت تحيض أو ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض.

وعند التأيم (أي انحلال الزواج بوفاة الزوج) أوجب عليها أن تتربص كذلك أربعة أشهر وعشرة أيام. وإذا كانت المرأة حاملاً فعدتها تمتد حتى وضع الحمل في جميع الأحوال، وذلك لاعتبارات شرعية أهمها صيانة الأنساب من الضياع بالاختلاط، لأن المرأة إذا تزوجت إثر انحلال الزواج السابق ثم ظهر بها حمل لا يُعرف من أيّ الزوجين هو؟ فهذا نص قطعي الدلالة والثبوت في وجوب العدة وفي المدة، فمهما تصور أحد من مصلحة في إهمال العدة أو في نقص مدتها في حالة وفاة زوج غائب أو سجين أو مريض مدة طويلة، لا ينهض ذلك حجة في وجه هذا النص القاطع، ولا يصح زواج المرأة قبل انقضاء عدتها، لأن مراد الشارع واضح كل الوضوح من النص وهو لم يهمل اعتبار المصلحة التي

---

(١) وهذا رأي مشكل خطر كما سبق بيانه لأنه يجعل التشريع ألعوبة في يد الفقه والقضاء. ولينظر في إمكان تأويل كلام الطوفي تأويلاً مقبولاً وذلك بحمله على أنه إنما يعني ويقصد حالة الاضطرار الملجىء التي يباح فيها المحرم بصورة محدودة موقوتة حتى يزول الاضطرار.

نتصورها في الموضوع إلا لأنه يرى في مقابلها مفسدة أعظم منها، أو محاذير يجب سدّ أبوابها منعاً للاحتيال على حكم الشريعة. وقد قدمنا أن كل أمر فيه جهتا نفع وضرر، وإنما العبرة للجهة الراجحة.

٥٢ ـ (ب) أما إذا كان النص غير قطعي في دلالته أو في ثبوته فإن الاجتهادات مختلفة في جواز تقييده وتخصيصه بالمصلحة عند التعارض:

١ ـ فالاجتهادات التي ترفض نظريتي الاستحسان والاستصلاح لا تقبل تخصيص النص ـ ولو كان غير قطعي ـ بالمصلحة، لأن من يرفض تحكيم المصلحة المرسلة عند فقدان النص، فعند معارضة النص لها يرفضها بطريق الأولوية.

لكن إذا اعترض سبيل تطبيق النص ضرر عارض يصل إلى درجة الاضطرار فعندئذ تحكم قاعدة الضرورات، واختيـار أهون الشـرَّيْن، فإن الضرورات تبيح المحظورات.

وقد قدمنا عن الإمام الغزالي ما يفيد أنه إذا طرأت ظروف عارضة تقتضي المصلحة فيها مخالفة النص الشرعي، وكان يترتب على التمسك بالنص ضرر عام محيط محقَّق فإن رعاية المصلحة هنا على خلاف مقتضى النص واجبة ولا يمكن الاختلاف فيها، كما في مسألة التترُّس المتقدمة.

وهذا مثل متفق عليه وقد نص عليه فقهاء المذهب الحنفي أيضاً، وعلّلوه بأننا إذا لم نضرب على الأعداء في مسألة الترس حرصاً على أرواح من تترّسوا بهم من أسرانا تمكّن العدو بذلك من الاستيلاء علينا ثم يقتلهم ويقتلنا.

فالتضحية بالأسرى لدفع العدوّ وإنقاذ الناس أهون الشرَّين.

لكن من حيث النية يجب عندئذ على الرماة في حكم الديانة أن يقصدوا بالرمي العدو، لا من تترّس بهم من جماعتنا. (ر: الدر المختار ورد المحتار ٢٢٣/٣).

فهؤلاء ومنهم بعض الشافعية (بحسب ظاهر كلامهم) يشترطون للعمل

بالمصلحة على خلاف مقتضى النص أن تصل المصلحة إلى درجة الاضطرار تطبيقاً لقاعدة أهون الشرَّين في الظروف العارضة الاستثنائية، وهذا كما قلنا محل اتفاق. أما في الحالات العادية العامة التي هي محل بحثنا فلا، لأن الذين يرفضون قاعدة المصالح المرسلة من حيث هي (ومنهم بعض الشافعية بحسب ظاهر كلامهم) لا مجال عندهم للتقدير الاستصلاحي تجاه النصوص.

٢ ـ أما الاجتهادات التي تأخذ بنظرية الاستصلاح، ففيها اتجاهان:

الاتجاه الأولـ لا يقبل تخصيص النص بمقتضى المصلحة المرسلة ولو كان النص غير قطعي، وهذا هو اتجاه الاجتهاد الحنبلي.

فدلالة النص وعمومه مقدمان في مذهب أحمد بن حنبل على النظر إلى المصلحة، لأن محل النظر إليها إنما يكون عند فقدان النص، ولا مجال للنظر إليها عند وجوده. (ر: كتاب «ابن حنبل» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، الفقرة ١٩٢ و«المدخل إلى علم أصول الفقه» للأستاذ الدكتور معروف الدواليبي، ص ٢١٥، الطبعة الثانية).

والاتجاه الثاني ـ يرى أصحابه أن المصلحة تخصص النص عند التعارض. أي إنهم يرون إعمال النص في الحالات التي لا تنافي تلك المصلحة المعارضة، إذ يرون في هذه المصلحة الموزونة بالمقاييس الشرعية دليلاً على أن الشارع إنما يريد بنصه أن يطبق فيما لا تقتضي المصلحة خلافه[1].

ويتجلى هذا الموقف في تخصيص النص غير القطعي بمقتضى المصلحة عند التعارض في الاجتهادين الحنفي والمالكي بصورة خاصة كما نرى فيما يلي:

في المذهب المالكي:

٥٣ ـ فالاجتهاد المالكي، وهو المشهور باعتماد المصالح المرسلة أكثر

---

(١) يجب أن يلحظ هنا أن تخصيص النص التشريعي ليس تغييراً للحكم المقرر فيه لأن التغيير نسخ لا يملكه إلا من له حق التشريع، وإنما التخصيص عند علماء أصول الفقه قصر النص على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان لمراد الشارع، لا على سبيل التغيير.

من غيره، من المقرر فيه أن المصلحة تخصص النصوص غير القطعية ومنها النصوص العامة جميعاً ـ في نظر المالكية ـ عند التعارض.

ومن أمثلة ذلك عند مالك، كما يذكره بعض الباحثين أن مالكاً لا يوجب على الوالدة إرضاع طفلها إذا كانت شريفة مرفَّهة، بل على الأب أن يأتي له بمرضع، وهذا تقييد لقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ الآية.

وإني لا أرى في هذا المثال شاهداً صحيحاً فإن التعليل الصحيح عند المالكية لهذا التخصيص إنما هو العرف لا المصلحة. فمالك يرى أن العرف القائم عند العرب وقت مجيء النص هو أن الشريفة لا ترضع بل يسترضع لها، فيحمل النص عليه تفسيراً لمراد الشارع. وقد نبهت على ذلك في كلامي على نظرية العرف من كتابي (المدخل الفقهي العام ـ الفقرة ٥٢٠ الحاشية ٢).

ومن أمثلة ذلك عند المالكية أيضاً ما لو ادعى أحد على آخر مالاً، وعجز عن الإثبات، وطلب تحليف المدعى عليه اليمين، فإن مالكاً لا يوجب تحليف المدعى عليه إلا إذا كان بينه وبين المدعي خلطة، نظراً للمصلحة ودرءاً للاستغلال الباطل، كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء فيجرّوهم إلى المحاكم بدعاوى كاذبة موهمة أمام الناس، فيستغلوا كراهيتهم للحلف ليبتزّوا أموالهم افتداء من اليمين.

وهذا عندهم تخصيص بالمصلحة وحدها لنص الحديث النبوي القائل: «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر». (ر: رسالة «العرف والعادة» للأستاذ الشيخ محمد فهمي أبي سُنة، ص ٩٧)[1].

---

(١) الأستاذ المحقق الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، في كتابه «ضوابط المصلحة»، قد انتقد بشدة قول من يقول بأن الإمام مالكاً، رحمه الله، يرى تخصيص النص العام، وتقييد النص المطلق بالمصالح المرسلة، وقام بتفنيد الأمثلة التي يستشهدون بها على ذلك في مذهب مالك، وأفاض في تأويلها جميعاً بما يخرجها عن موضوع المصالح المرسلة وطعن في ثبوت بعضها عن المالكية. فلينظر ذلك من يريد التوسع في الكتاب المذكور =

وفي المذهب المالكي أمثلة أخرى على تخصيص نصوص القرآن والسنة بالمصلحة (انظر كتابـي: «المدخل الفقهي العام» الفقرة ٥٢٠).

والمشهور بين الباحثين أن المـذهب المالكي هـو الذي يـرى تخصيص النصوص بالمصلحة عند التعارض، دون المذهب الحنفي[١]. لكن هذا في نظرنا خلاف الواقع فإن فروع مذهب الحنفية والأحكام التي قرروها فيه، تشهد بأنهم سبقوا الاجتهاد المالكي في تخصيص النصوص بالمصلحة المرسلة، كما يتضح مما يلي:

في المذهب الحنفي:

٥٤ ــ (١) ورد في السنة أن النبـي عليه السلام سئل عن الشهادة،

= (ص ٣٣٤ ــ ٣٥٠). وقد حرر، حفظه الله، هذا المقام وحققه تحقيقاً جديراً بالتقدير، وإن كان بعض تأويلاته محل نظر وقابلاً للمنازعة والمناقشة.

وإني أرى أنه لا داعي لهذا الإنكار الشديد على فكرة تخصيص النص العام، أو تقييد المطلق بالمصالح المرسلة، ولا سيما عند مالك، حيث إنه يرى أن النص العام غير قطعي الدلالة على أفراده، بل هو ظني الدلالة في حق كل جزئي من مشمولاته (خلافاً لرأي أبـي حنيفة وأصحابه).

وقد علمنا من تعريف المصلحة المرسلة أنها لا بد أن تكون داخلة في مقاصد الشارع العامة، فأي غرابة بعد ذلك في أن يقال بتخصيص بعض نصوص الشارع الظنية الدلالة في موطن ما ببعض مقاصده الثابتة، ويكون ذلك عندئذ تفسيراً للنص العام بأن تعميمه بحيث يشمل ذلك الموطن المخصوص ليس مراداً للشارع. وكم من كلام عام في أساليب الخطاب والبيان العربـي يجزم سامعه البصير الخبير ابن اللغة بأنه لا يريد المتكلم به عمومه بإطلاق، وإنما ترك للسامع الفهيم حمله على حدوده المقصودة.

على أننا سنرى قريباً بالشواهد الفقهية الناطقة في الكلام على تعارض المصلحة مع النصوص أن الحنفية، الذين يرون أن النص العام قطعي الدلالة في أفراده التي يشملها ما لم يقم دليل على خلافه، يقولون بتخصيصه أو تقييده بالمصلحة المعارضة، ويرون فيها دليلاً على أنه لا يريد الشارع به ظاهر عمومه. فالمالكية أولى أن يقولوا بذلك، ولا حاجة إلى الإغراق في تأويل الأمثلة عليه.

(١) وهـذا أيضاً رأي الأستـاذ العلامـة الشيخ محمـد أبـي زهرة في كتـابيـه «مـالـك» و«ابن حنبل».

فقال للسائل: «ترى الشمس؟» فقال: نعم، فقال: «على مثلها فاشهدْ أو دع»[1].

وهذا بظاهره يوجب العيان في تحمل الشهادة في جميع الشؤون كافة، ويحظر على الإنسان أن يشهد أمام القضاء بأمر لم يشاهده وإنما سمع به من غيره.

وقد قرر الفقهاء بناء على هذا عدم قبول شهادة التسامع في إثبات الحقوق. ولكن فقهاء الحنفية رأوا أن هناك موضوعات تقتضي المصلحة فيها قبول شهادة التسامع في أمور عديدة، منها إثبات أصل الوقف، أي إثبات أن هذا العقار موقوف وليس ملكاً لصاحب اليد، عند الاختلاف في وقفيته وملكيته.

وقد علّلوا ذلك بأن المصلحة تقضي بقبول شهادة التسامع هنا استحساناً على خلاف القياس للضرورة، وذلك لصيانة الأوقاف القديمة عن الضياع، لأن الوقف إذا تقادم ولم تكن عقاراته مسجلة في سجل المحكمة، أو فقد سجلها، لا يبقى ممكناً إثبات وقفيتها لانقراض الشهود الذين شهدوا على عبارة الواقف حينما وقف الوقف. فيتجرأ كل إنسان على غصب الأوقاف القديمة وادعاء ملكيتها دون إمكان إثبات وقفيتها إذا اشترطنا العيان. فلذا تقبل شهادة التسامع في هذا الإثبات، وذلك بأن يشهد الشاهد بالوقفية استناداً إلى ما يسمعه من الناس الثقات ولو أنهم أيضاً سامعون من مثلهم، وغير معاينين[2].

ومما قَبِل فيه أيضاً فقهاء الحنفية شهادة التسامع: إثبات النسب، والوفاة،

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه، والحاكم في كتاب الأحكام من «المستدرك» وصححه. ولكن ضعفه الذهبي والنسائي وابن حجر. (ر: نصب الراية لأحاديث الهداية للحافظ الزيلعي، كتاب الشهادات، وابن حجر العسقلاني في بلوغ المرام، باب الشهادات).

(٢) يلحظ في هذا المقام أنه في البلاد التي يوجد فيها اليوم سجل عقاري كما في الجمهورية العربية السورية تعتبر قيود السجل العقاري هي المعوّل عليها في إثبات الملكية والوقفية وغيرها من الحقوق العينية في العقارات المسجلة فيه.

الدخول بالزوجة، وهكذا في عشرة مواضع مبينة في كتبهم[1]. فخصوا بذلك نص الحديث النبوي الذي يوجب العيان في تحمل الشهادة ليصح أداؤها، وليس لهم دليل أو تعليل في هذا التخصيص إلا المصلحة المرسلة.

٥٥ ــ (٢) ورد أيضاً في الحديث النبوي الثابت أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وهي قضية بيع المعدوم، كما نهى أيضاً عن بيع الغرر، وقد تقدم بيان معناه.

لكن فقهاء المذهب الحنفي خصصوا هذين الحديثين فجوزوا بيع المواسم الثمرية في الكروم وسائر الأشجار ذات الثمار المتلاحقة[2] متى ظهر بعض هذه الثمار فقط وبدا صلاحها، وذلك لأن المصلحة تقتضي تجويز هذا البيع لحاجة الناس إليه.

وفي هذا التجويز تخصيص للحديثين المذكورين، فإن الثمار التي ستوجد معدومة وقت البيع، ففيها بيع لمعدوم، كما أن كميتها احتمالية لا يمكن تحديدها وقت البيع، ففيها نوع من الغرر.

٥٦ ــ (٣) قرر فقهاء المذهب الحنفي قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه إلا النساء فقط، كالجرائم التي تقع في حماماتهن، وكشهادة القابلة على الولادة وتعيين الولد عند النزاع فيه.

وبذلك قد خصصوا نصوص القرآن والسنة التي تشترط في الشهادة عنصر الذكورة بأن يكون شهود الإثبات رجالاً فقط، أو رجالاً ونساء معاً.

وهذا التخصيص أيضاً بمقتضى المصلحة، إذ بدونه تضيع هذه الحقوق،

---

(١) ترى هذه المواطن التي قبلوا فيها شهادة التسامع في كتابي «أحكام الأوقاف» ف ١٣٤، وفي شروح المادة ١٦٨٨ من المجلة، وفي رد المحتار لابن عابدين ٣٧٥/٤، الطبعة الأولى الأميرية.

(٢) المراد بالمتلاحقة التي لا تنعقد على أشجارها دفعة واحدة، بل كلما قطفت أخلفت، كالعنب، وكالخرشوف المسمى في البلاد الشامية اليوم (انكتار) و(شوكي).

وقد رأينا أن صيانة الحقوق مصلحة شرعية من الضروريات الخمس التي سلف ذكرها.

٥٧ ـ (٤) صرح فقهاء المذهب الحنفي بأن العقل من حجج الله تعالى كالسمع (أي كالنص الشرعي) بل أقوى.

فقد جاء في المنار وشرحه من أصول الحنفية في مبحث أنواع الأداء والقضاء: أن القضاء نوعان:

١ ـ قضاء بمثل معقول كقضاء الصوم الفائت صوماً، وكرد مثل المغصوب الهالك.

٢ ـ وقضاء بمثل غير معقول كفدية الصيام للعاجز عنه.

وعلق العلامة ابن عابدين على هذا الكلام في حاشيته على المنار وشرحه بقوله تفسيراً لغير المعقول:

«أي ما لا ندركه بعقولنا. فالمراد من كونه غير معقول أنه غير مدرك، لا أن العقل ينفيه ويرده، فإن العقل من حجج الله تعالى كالسمع، بل أقوى».

وجاء في بحث كفارة الظهار من كتاب تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار: إن من وجبت عليه كفارةُ ظهارٍ وكان يملك عبداً لا يجزئه الصوم في الكفارة، بل عليه الإعتاق، وإن كان محتاجاً إليه لخدمته الضرورية، لأنه واجدٌ للرقبة، وإن النص القرآني لم يقبل الصوم في هذه الكفارة إلا ممن لم يجد رقبة يعتقها.

وقد بحث العلامة محمد أمين ابن عابدين أيضاً في حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) في هذه المسألة إذا كان المولى الذي عليه الكفارة زَمِناً عاجزاً، وكان محتاجاً إلى خدمة عبده الذي ليس له سواه، ولا سيما إذا كان عاجزاً عن الكسب وعبده يكتسب له ويعيشه. وقال رحمه الله: «إن إيجاب عتقه في مثل هذه الحال يخالف قواعد الشريعة فلا يحتاج في عدم إيجاب عتقه إلى نص فقهي خاص كما لا يخفى».

فيتضح من هذه الشواهد الفقهية التي أوردناها من المذهب الحنفي من المصادر المعتبرة في أصوله وفروعه (وسواها كثير) أن فقهاءه يتبنون إمكان تخصيص النصوص الشرعية العامة بالمصلحة المرسلة خلافاً لما يظن.

٥٨ ـ هذا ما قصدت إلى بيانه في موضوع الاستصلاح والمصالح المرسلة، قد تم والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. أسأله تعالى أن ينفع به، إنه ولي ذلك.

* * *

فهرس

الموضوع	الصفحة

* * *